

DANIEL MAURO NALLAR

LA NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS
POR LOS ENTES REGULADORES
Y EL ALCANCE DE SUS COMPETENCIAS

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho
de la Universidad Austral para optar al título de
Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Juan Carlos Cassagne



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2008

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN PRELIMINAR MOTIVACIONES DEL TEMA SELECCIONADO Y ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO

| | |
|---|----|
| 1. ACLARACIÓN INICIAL | 17 |
| 2. LAS MOTIVACIONES POLÍTICAS Y SOCIALES DEL OBJETO SELECCIONADO PARA EL ESTUDIO E INVESTIGACIÓN | 23 |
| 3. LAS MOTIVACIONES JURÍDICAS E INSTITUCIONALES DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO | 27 |
| 4. LAS MOTIVACIONES TÉCNICAS DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO | 32 |
| 5. LAS MOTIVACIONES INTERNACIONALES DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO | 39 |
| 6. LA IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA CONCEPTUALIZACIÓN DEL “MARCO REGULATORIO” EN EL DESARROLLO DE LA TESIS | 43 |
| 7. LA IMPORTANCIA DEL MODELO ASOCIATIVO PARA LA CORRECTA IMPLEMENTACIÓN DE LA TESIS PLANTEADA | 45 |
| 8. EL OBJETIVO FINAL: CONSTRUIR LA INSTITUCIONALIDAD REGULATORIA | 52 |

PRIMERA PARTE
LOS ENTES REGULADORES Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

CAPÍTULO I
EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES
FUERA DEL AMBITO DEL PODER JUDICIAL

| | |
|--|----|
| 1. LA AUTORIDAD COMO INSTRUMENTO | 61 |
| a) Algunas reflexiones iniciales sobre el concepto de “autoridad” | 61 |
| b) La división de funciones y la naturaleza única del Estado | 68 |
| c) La división de funciones y la naturaleza única del acto estatal | 72 |
| d) La naturaleza única del acto estatal no impide realizar clasificaciones funcionales | 75 |
| 2. LA CATEGORÍA DE “TRIBUNAL” QUE OSTENTAN CIERTOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN: UNA CUESTIÓN MERAMENTE TERMINOLÓGICA | 81 |
| 3. LA CUESTIÓN DE FONDO RESPECTO A LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS POR PARTE DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS | 84 |

CAPÍTULO II
LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS
Y LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

| | |
|--|-----|
| 1. MARCOS REGULATORIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS: UNA BUENA OPORTUNIDAD (DESAPROVECHADA) A FAVOR DEL PODER LEGISLATIVO | 91 |
| 2. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN | 95 |
| a) La etapa inicial | 95 |
| b) El fallo “Fernández Arias” | 99 |
| i. Voto de mayoría | 101 |
| ii. El voto de la minoría en el fallo “Fernández Arias” | 106 |
| 3. LOS PRINCIPIOS A RESPETAR PARA LEGITIMAR EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES A CARGO DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS | 109 |
| 4. EL FALLO “LITORAL GAS” | 115 |
| 5. EL FALLO “ESTRADA” | 121 |
| a) Los hechos y breve síntesis del fallo de Cámara | 121 |
| b) El derecho | 125 |

| | |
|--|-----|
| LA NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LOS ENTES REGULADORES... | 5 |
| c) El voto de la mayoría en Estrada | 129 |
| i. La cuestión terminológica | 129 |
| ii. Los requerimientos de la Corte para resolver la cuestión atinente al ejercicio de funciones jurisdiccionales por órganos administrativos | 135 |
| iii. El principal fundamento del fallo “Estrada”: la razonabilidad del objetivo económico y político que derivaron en la creación del ente regulador | 140 |
| 6. LA TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD EN EL FALLO Y PARA EL FUTURO | 146 |
| 7. LAS 10 CONCLUSIONES DEL FALLO | 153 |
| 8. SITUACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA | 157 |
| a) Repaso sobre los requerimientos básicos de la Corte | 157 |
| b) El requerimiento de la independencia e imparcialidad | 160 |
| c) La razonabilidad de los motivos que llevaron a la creación del órgano | 167 |
| 9. LA ADVERTENCIA PRETORIANA DEL CASO ESTRADA | 170 |
| 10. SITUACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN | 172 |

CAPÍTULO III

LA DISTINCIÓN ENTRE “RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS” Y EJERCICIO DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA ACTIVIDAD A CARGO DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

| | |
|--|-----|
| 1. PLANTEO INICIAL | 177 |
| 2. EL ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD | 180 |
| 3. EL ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS | 188 |
| 4. EL PROBLEMA QUE SUSCITAN LAS CALIFICACIONES NORMATIVAS | 193 |
| 5. EL CONCEPTO DE “ACTO JURISDICCIONAL” Y LA ACTIVIDAD REGULATORIA | 199 |
| 6. LAS CONCLUSIONES RESPECTO DE LA NORMATIVA Y DOCTRINA ANALIZADA | 203 |

SEGUNDA PARTE
TEORÍA DE LA REGULACIÓN

CAPÍTULO IV
EL SERVICIO PÚBLICO: NOCIÓN ACTUAL
(EL SERVICIO PÚBLICO COMO RÉGIMEN REGULATORIO)

| | |
|--|-----|
| 1. APROXIMACIÓN AL NUEVO CONCEPTO DEL SERVICIO PÚBLICO | 211 |
| 2. DELIMITACIÓN ACTUAL DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO: LA CUARTA POSTURA | 218 |
| 3. NUESTRO CONCEPTO DEL SERVICIO PÚBLICO: UNA TÉCNICA REGULATORIA | 224 |
| 4. ANÁLISIS DE LA NOCIÓN | 230 |
| a) Técnica legal de regulación | 230 |
| b) De titularidad estatal y gestión privada | 233 |
| c) De contenido económico | 239 |
| d) Destinadas a satisfacer necesidades | 240 |
| f) Bien común y desarrollo socio - económico | 256 |
| g) Obligatoriedad | 258 |
| 5. LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ESTADO ARGENTINO EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS | 258 |
| a) Deber de defender la competencia y controlar, en su caso, los monopolios legales y naturales | 260 |
| b) Deber de proveer a la calidad y eficiencia de los servicios | 262 |
| c) Deber de proveer a la constitución de asociaciones de usuarios | 265 |
| d) Deber de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos | 266 |
| e) Deber de dictar marcos regulatorios | 269 |
| f) Deber de prever la participación de asociaciones de usuarios y de las provincias en los organismos de control | 270 |
| g) Deberes que surgen directa o indirectamente de los ya enunciados .. | 271 |
| 6. FUNCIÓN Y MISIÓN DE LA NOCIÓN OPERATIVA DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL REFERENCIADO. | 272 |
| 7. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. NUEVOS MARCOS NORMATIVOS. REGULACIÓN Y CONTROL | 274 |

CAPÍTULO V
HACIA UNA TEORÍA DE LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES
SUJETAS A UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SERVICIO PÚBLICO

| | |
|---|-----|
| 1. BREVE NOTA INTRODUCTORIA | 279 |
| 2. ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA ACTIVIDAD REGULADORA DEL ESTADO SOBRE LAS ACTIVIDADES SUJETAS A UN RÉGIMEN DE SERVICIO PÚBLICO | 286 |
| a) Potestad de reglamentación | 290 |
| b) Condiciones de accesibilidad | 292 |
| c) Regulación pública de la actividad | 294 |
| i. Diferenciación entre la regulación del sistema y la participación dentro del mismo como prestador | 301 |
| ii. Resguardo de la independencia | 302 |
| iii. Estabilidad y especialización | 302 |
| 3. LA “FUNCIÓN DE REGULACIÓN” DEL ESTADO EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. ANÁLISIS DOCTRINARIO | 304 |
| a) Importante advertencia inicial | 304 |
| b) La regulación como manifestación del poder de policía del Estado .. | 306 |
| c) Doctrinas que distinguen la función reguladora como una potestad jurídicamente autónoma | 314 |
| 4. ACTUALIDAD DEL INSTITUTO DEL PODER DE POLICÍA | 320 |
| a) Motivación del presente título | 320 |
| b) Breve repaso histórico sobre el nacimiento y evolución del “poder de policía” en nuestro país | 321 |
| c) Potestades reglamentarias del Poder ejecutivo: la situación actual del poder del Estado para limitar derechos individuales mediante el dictado de normas generales y abstractas en Argentina | 330 |
| d) La división de poderes y el poder de policía. La estructura constitucional vigente | 335 |
| 5. CONCLUSIONES | 340 |
| 6. NUESTRA CONCEPCIÓN DE LA FUNCIÓN REGULADORA DEL ESTADO RESPECTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS | 344 |

CAPÍTULO VI
EL CONCEPTO DE REGULACIÓN,
APLICADO A LAS ACTIVIDADES BAJO ESTUDIO

| | |
|--|-----|
| 1. ANÁLISIS PREVIO SOBRE LA GRAVE CONFUSIÓN CONCEPTUAL | 351 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 2. LA REGULACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA | 354 |
| 3. EL CONCEPTO DE REGULACIÓN EN EL CAMPO DEL DERECHO | 359 |
| 4. BREVE CONCLUSIÓN SOBRE LA FUNCIÓN DE CADA CIENCIA | 367 |
| 5. ANÁLISIS INTEGRAL Y OPINIÓN FINAL | 369 |
| a) Los actos emanados del ejercicio de la función regulatoria son actos administrativos | 369 |
| b) El origen y justificación de la función regulatoria | 371 |
| c) La distinción entre regulación y control | 374 |
| d) Hacia una definición | 379 |
| 6. NUESTRO CONCEPTO | 385 |

CAPÍTULO VII

RAZONES JURÍDICAS PARA LA REGULACIÓN INDEPENDIENTE Y ESPECIALIZADA DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

| | |
|--|-----|
| 1. RESEÑA DE TEMAS | 387 |
| 2. CARACTERÍSTICAS DE LAS ACTIVIDADES SUJETAS A UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SERVICIO PÚBLICO | 390 |
| a) El destino de las prestaciones | 392 |
| b) Las personas a cargo de las actividades | 393 |
| c) El mercado imperfecto | 394 |
| d) La naturaleza económica de las actividades | 396 |
| e) Los pactos incompletos 398 | |
| 3. LAS CLÁUSULAS ABIERTAS Y SÓLO CONCRETABLES A PARTIR DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN REGULATORIA INDEPENDIENTE Y ESPECIALIZADA | 402 |
| a) Las normas sobre calidad en los contratos | 404 |
| b) La administración de la ecuación económica y financiera..... | 404 |
| c) Las restricciones y limitaciones en la composición societaria del prestador | 405 |
| d) La planificación general de las inversiones y su determinación concreta durante el período contractual | 406 |
| 4. CONCLUSIÓN SOBRE LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN | 410 |
| 5. EL MARCO REGULATORIO COMO GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA Y PREVISIBILIDAD | 415 |
| a) La constitución del marco regulatorio como un proceso permanente y complejo | 415 |

| | |
|--|-----|
| LA NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LOS ENTES REGULADORES... | 9 |
| b) El objetivo y utilidad del marco regulatorio | 420 |
| i. Identificación concreta de las normas aplicables | 420 |
| ii. Estabilidad normativa y adecuación consensuada | 421 |
| 6. CONCLUSIÓN | 425 |

CAPÍTULO VIII

UN NUEVO MODELO PARA LA PRESTACIÓN Y REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

| | |
|--|-----|
| 1. UN NUEVO MODELO PARA LA PRESTACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DESTINADAS A SATISFACER NECESIDADES ESENCIALES DE LA POBLACIÓN: LA ASOCIACIÓN PÚBLICO - PRIVADA | 431 |
| a) Síntesis parcial y aclaratoria | 431 |
| b) Ni privatización, ni estatización: el modelo asociativo | 436 |
| i. Estudio y conocimiento previo del servicio | 438 |
| ii. Asegurar políticas de Estado en la materia | 439 |
| iii. Construir la “institucionalidad regulatoria” | 439 |
| iv. Prever un ámbito orgánico especializado que concentre las decisiones políticas sobre la materia | 440 |
| v. Ejercer con prudencia la labor normativa | 440 |
| vi. Orden tributario | 441 |
| vii. Asegurar procedimientos adecuados para el ejercicio de los derechos ciudadanos..... | 441 |
| c) ¿Porqué un modelo asociativo y no la “temida” privatización o la “retrógrada” estatización? | 441 |
| i. Argentina carece de infraestructura básica | 444 |
| ii. Un alto porcentaje de población tiene problemas para pagar los costos de servicios esenciales eficientes | 452 |
| Iii Argentina adolece de un crecimiento urbanístico desordenado, con profundas irregularidades dominiales | 453 |
| iv. Deben establecerse niveles tarifarios acordes con los costos de las prestaciones y respetarse las adecuaciones periódicas | 454 |
| v. Problemas institucionales. La multiplicidad del control muestra ineficiencia estatal y genera inseguridad jurídica | 455 |
| 2. PREMISAS BÁSICAS DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICA - PRIVADA | 461 |
| a) El consenso basado en la confianza mutua | 461 |
| b) El resguardo de la ecuación económica de la concesión como un fin común | 466 |

| | |
|--|-----|
| c) Los objetivos de la asociación deben ser las necesidades del servicio . | 468 |
| d) Conservar la operación de los servicios en el sector privado | 469 |
| 3. UN PROBLEMA ESPECIALMENTE GRAVE: LOS VACÍOS NORMATIVOS Y EL DESORDEN INSTITUCIONAL EN MATERIA TRIBUTARIA | 471 |
| a) Presentación del tema | 471 |
| b) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación | 477 |
| c) La cuestión terminológica | 489 |
| d) Breve referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la autonomía municipal | 495 |
| e) Análisis crítico sobre los municipios en Argentina | 500 |
| i. Datos poblacionales | 506 |
| ii. Recursos per cápita | 507 |
| iii. Autonomía financiera | 508 |
| iv. Gasto en funcionamiento | 509 |
| v. Empleo municipal | 510 |
| vi. Infraestructura social | 511 |
| vii. Conclusiones | 514 |
| f) Conclusiones sobre de las potestades tributarias de los municipios respecto de los servicios públicos de jurisdicción nacional y provincial | 515 |

CAPÍTULO IX

ORIGEN Y NATURALEZA DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

| | |
|--|-----|
| 1. LOS ENTES REGULADORES EN EL CONTEXTO REFERENCIADO | 523 |
| a) Introducción | 523 |
| b) La transformación del Estado y los servicios esenciales | 527 |
| c) La reforma constitucional de 1994 y los servicios esenciales | 529 |
| 2. LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO Y LOS ENTES REGULADORES | 532 |
| a) Breve introducción | 532 |
| b) La historia de los entes reguladores en la Argentina | 537 |
| 3. LOS ENTES REGULADORES DE FIN DEL SIGLO XX | 541 |
| a) La titularidad del Estado sobre las actividades y sus efectos | 543 |
| b) La doctrina de los pactos incompletos y sus efectos..... | 546 |
| c) La asociación público - privada y sus efectos | 555 |
| 4. ROLES Y DESAFÍOS | 556 |

TERCERA PARTE
LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS
DE LOS ENTES REGULADORES

CAPÍTULO X
EL VERDADERO ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS ASIGNADAS
A LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

| | |
|--|-----|
| 1. NOTA INICIAL SOBRE LA ACTIVIDAD BAJO REGULACIÓN | 567 |
| 2. LAS COMPETENCIAS ASIGNADAS A LOS ENTES REGULADORES EN LA ARGENTINA | 572 |
| 3. LAS CUATRO FUNCIONES ESENCIALES DE LOS ENTES REGULADORES | 576 |
| a) Función de contralor | 577 |
| b) Función de reglamentación | 579 |
| c) Función de aplicación de sanciones | 582 |
| d) Función de resolución de conflictos o “arbitral” | 583 |
| 4. LAS DEMÁS FUNCIONES OTORGADAS Y AÚN NO RECONOCIDAS NI EJERCIDAS EN PLENITUD | 587 |
| a) Función de planificación sobre los servicios | 588 |
| b) Función de análisis y decisión sobre prórrogas de habilitaciones vigentes y habilitación de nuevas concesiones | 591 |
| c) Función de protección de la seguridad pública | 597 |
| d) Función de defensa de la competencia | 598 |
| e) Función de contralor y decisión sobre las limitaciones legales a las composiciones societarias de los prestadores | 600 |
| g) Función dominial | 602 |
| 4. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES | 603 |

CAPÍTULO XI
NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR LOS
ENTES REGULADORES EN EL MARCO DE NUESTRO CONCEPTO
DE REGULACIÓN Y DE LAS COMPETENCIAS ANALIZADAS

| | |
|---|-----|
| 1. NOTA INICIAL SOBRE LA COMPATIBILIDAD Y COEXISTENCIA DE LAS POSTURAS DOCTRINARIAS “SUPUESTAMENTE” OPUESTAS” | 607 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| 2. DELIMITACIÓN DE LA “FUNCIÓN REGULADORA”. RELACIÓN CON LOS NIVELES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO REGULADO. LA ACTITUD “PRO-ACTIVA” DEL REGULADOR | 614 |
| a) Existencia de un importante marco normativo, dictado con anterioridad al ejercicio de la función de regulación y condicionante de sus alcances | 616 |
| b) La existencia de variables externas al servicio bajo regulación y que exigen decisiones ágiles y urgentes | 617 |
| 3. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL ESTADO REGULADOR DE ACTIVIDADES COMPETITIVAS Y DE ACTIVIDADES MONOPÓLICAS | 619 |
| 4. EL REGULADOR “PROACTIVO”. REGULACIÓN DE ESTRUCTURAS Y DE CONDUCTAS | 624 |
| 5. LA REGULACIÓN COMO NEGOCIACIÓN PERMANENTE. LAS FORMAS Y PROCEDIMIENTOS PENSADOS PARA SU LEGITIMACIÓN | 628 |
| a) Documento en consulta | 632 |
| b) Audiencias de conciliación | 632 |
| c) Planes de acción específicos | 633 |
| d) Audiencias Públicas | 633 |
| 6. BASES DE ACTUACIÓN DE LA INSTITUCIÓN A CARGO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN REGULADORA | 634 |
| 7. SOBRE LOS FUNDAMENTOS QUE IMPULSAN A SOSTENER UNA POSTURA AMPLIA RESPECTO DEL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ENTES REGULATORIOS. A MODO DE SÍNTESIS | 639 |
| a) Obligaciones de resultado y no de medios | 639 |
| b) Bases económicas de la regulación | 643 |
| c) Contratos abiertos | 645 |
| d) Naturaleza de los servicios regulados | 646 |
| 8. CONSTRUCCIÓN FINAL SOBRE LA NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LOS ENTES REGULADORES | 647 |
| a) Los modos de manifestación de la “función de regulación” | 647 |
| b) La inexistencia del acto regulatorio como categoría autónoma | 650 |
| 9. LA DOCTRINA DE LA ESPECIALIDAD COMO INSTRUMENTO DE CONTENCIÓN RESPECTO DE LAS COMPETENCIAS DEL ENTE REGULADOR | 653 |
| 10. A MODO DE CONCLUSIÓN: LOS PRINCIPIOS ELEMENTALES PARA UNA POLÍTICA REGULATORIA EFICIENTE | 656 |
| a) El sistema debe inclinar las prestaciones hacia la competencia efectiva. Si existe..., defenderla; si no existe..., crearla; si no es posible..., simularla | 657 |

| | |
|---|-----|
| LA NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LOS ENTES REGULADORES... | 13 |
| b) Es fundamental respetar la independencia funcional del regulador .. | 659 |
| c) El seguimiento contable y financiero de las empresas y de los servicios es un aspecto clave en la “regulación”, que debe ser asumido sin retaceos por los prestatarios | 661 |
| d) Los principios generales del Derecho forman parte de la práctica regulatoria y deben respetarse estrictamente | 664 |
| e) La búsqueda del bien común debe realizarse con prudencia y respeto por la propiedad privada | 664 |
| f) Los usuarios deben poder defender por sí mismos sus derechos e intereses y el sistema debe asegurarles los instrumentos necesarios para ello | 669 |
| g) El sistema debe contemplar los mecanismos aptos y suficientes como para contemplar el acceso a los servicios de los sectores sociales en precarias condiciones económicas | 671 |
| h) La transparencia, uniformidad y estabilidad del régimen tributario aplicable a los servicios públicos esenciales constituye un factor de seguridad jurídica y económica | 677 |
| i) Concentrar el “ejercicio” de la mayor parte de competencias sobre los servicios en el sujeto regulador, previendo la “participación” necesaria de otros organismos e instituciones | 679 |
| j) Es necesario exigir un estricto respeto por los principios de transparencia y simplicidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de la función de regulación | 682 |

CAPÍTULO XII
TENDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN Y DE LOS TRIBUNALES INFERIORES
SOBRE LOS ENTES REGULADORES

| | |
|---|-----|
| 1. EL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ENTES REGULADORES EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA | 685 |
| 2. SOBRE LA POTESTAD PARA EL DICTADO DE REGLAMENTACIONES | 688 |
| a) Alcances y límites de la potestad | 689 |
| b) El fallo sobre medición de consumo de agua potable en inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal | 689 |
| c) Los límites de la potestad del regulador para el dictado de reglamentaciones | 694 |
| 3. SOBRE LAS ACTIVIDADES DE CONTRALOR | 697 |

| | |
|---|------------|
| a) Normativa aplicable y relación de especial sujeción | 697 |
| b) El fallo “Subestación Sobral” | 699 |
| c) El fallo Ciancio y la extensión ilimitada de la función de seguridad . | 704 |
| 4. SOBRE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA | 705 |
| a) El contenido y alcance de las potestades sancionatorias de los entes reguladores en una compleja decisión judicial | 706 |
| b) Derivaciones prácticas del pronunciamiento analizado | 711 |
| c) El principio de la especialidad y las potestades sancionatorias del E.N.R.E | 716 |
| 5. SOBRE LA ACTIVIDAD DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. SÍNTESIS Y REMISIÓN | 719 |
| | |
| CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL | 725 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 737 |
| 1. DICCIONARIOS, LIBROS Y ARTÍCULOS PUBLICADOS EN REVISTAS ESPECIALIZADAS | 737 |
| 2. INFORMES, ESTUDIOS E INVESTIGACIONES ESPECIALES REALIZADOS POR Y PARA INSTITUCIONES, FUNDACIONES U ORGANISMOS INTERNACIONALES Y MULTILATERALES | 747 |
| a) Trabajos realizados por autores, compiladores o coordinadores identificados específicamente | 747 |
| b) Estudios, investigaciones y documentos institucionales (sin identificación específica de sus autores) | 749 |
| 3. ENCÍCLICAS PAPALES Y OTROS DOCUMENTOS DE ORIGEN RELIGIOSO | 750 |
| | |
| NORMATIVA | 751 |
| 1. NORMAS FUNDACIONALES | 751 |
| 2. LEYES CITADAS EN EL ESTUDIO (POR ORDEN CRONOLÓGICO) | 751 |
| 3. DECRETOS Y RESOLUCIONES CITADOS EN EL ESTUDIO (POR ORDEN CRONOLÓGICO)..... | 752 |

LA NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LOS ENTES REGULADORES... 15

JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES 755

1. SEGÚN TOMO Y PÁGINA DE PUBLICACIÓN EN LA OBRA “FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN” (POR ORDEN CRONOLÓGICO) 755
2. SEGÚN DATOS DEL PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL TRIBUNAL, PARTES Y FECHA (POR ORDEN CRONOLÓGICO)..... 757
 - a) Fallos de tribunales inferiores 757
 - b) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 757
 - c) Otros dictámenes y pronunciamientos citados 760

PRESENTACIÓN PRELIMINAR
MOTIVACIONES DEL TEMA SELECCIONADO Y ASPECTOS
FUNDAMENTALES DEL TRABAJO

1. ACLARACIÓN INICIAL

No cualquier conjunto normativo puede, en justicia, calificarse como “sistema”, sino sólo aquel que luce las normas que lo integran relacionadas armónicamente, portadoras de la suficiente coherencia conceptual, con identidad de fines y dotadas de medios instrumentales predeterminados para llegar a ellos, “herramientas” que deben presentar las características suficientes, y acordes con las exigencias de los fines propuestos.

Es decir, un “sistema jurídico” puede conceptualizarse como un conjunto de principios y reglas “racionalmente” enlazadas entre sí y que contribuyen “ordenadamente” a la concreción de objetivos comunes, siempre en un marco de equidad y asumiendo como fin último, por encima de todos los fines intermedios, la “justicia”¹.

Todos los aspectos de la vida de una sociedad organizada deben ser abarcados cuidadosamente en un “sistema jurídico”, pues sólo así es posible alcanzar un estado mínimo de paz y armonía. Sólo así es posible la convivencia.

¹ Como un sustento básico de la conceptualización propia que se esboza en el texto, respecto del término “sistema jurídico”, puede consultarse la voz correspondiente en el *Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA*, 22ª Edición.

Cuando una sociedad carece de un verdadero “sistema jurídico”, que sirva de sustento básico a sus relaciones cotidianas, se quebrantan sus expectativas de progreso social y desarrollo humano, pues aún cuando cada miembro puede igualmente progresar, de manera individual, la ausencia de ideales compartidos entre todos y por todos, impide la construcción de una plataforma sólida, donde asentar con firmeza y sustentabilidad la prosperidad y el bienestar. Sin tal “plataforma”, es oportuno destacarlo, corre un inmenso riesgo también, la continuidad del progreso individual, es decir, de cada uno de los miembros del todo social.

Ahora bien, justamente por lo expresado hasta aquí, se advierte que un “sistema jurídico” no es fruto de una construcción artificial, ni tampoco es consecuencia del trabajo legislativo durante un período de tiempo, sin menoscabar la importancia de tales tareas.

Un “sistema jurídico” consiste, esencialmente, en una estructura normativa e institucional espontánea, que siempre ha existido, y que emerge gallarda y reluciente, casi arrogante, de entre bases culturales comunes de un pueblo. Esa estructura se desarrolla sobre el debate respetuoso y crece al amparo de consensos naturalmente deseados, propuestos y formalizados en los principios y reglas del referido “sistema”.

Este trabajo de tesis pone a consideración y debate de la doctrina especializada, un estudio e investigación respecto de lo que actualmente “es” - si llegara a aceptarse su existencia - y como debería “ser”, un sistema jurídico aplicable a los denominados mayoritariamente “servicios públicos” (aquí denominados, preferentemente y con los fundamentos correspondientes, “servicios esenciales”).

Es importante tener en cuenta que, con el uso indistinto de los términos “servicios públicos” o “servicios esenciales”, siempre se hace referencia, en el presente estudio, a aquellas actividades de naturaleza económica en cuyo desarrollo se encuentra comprometida la correcta satisfacción de necesidades básicas de la población.

A los efectos de abarcar todos los aspectos del referido “sistema”, desde el punto de vista estrictamente normativo el trabajo pro-

fundiza sobre los denominados “marcos regulatorios de los servicios públicos”, poniendo un especial énfasis, respecto de los documentos referidos, sobre los emanados del Congreso de la Nación para los servicios de transporte y distribución de gas natural y de energía eléctrica, y sus respectivas normas reglamentarias.

Al momento de analizar y opinar respecto de los avances y tendencias jurisprudenciales, atendiendo especialmente a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el estudio avanza en la búsqueda de una “doctrina judicial” o al menos de principios y reglas comunes que autoricen a marcar una tendencia definida.

La bibliografía y doctrina consultada, así como las opiniones del autor y las propuestas finales de cada tema, pretenden servir, por su generalidad, a la totalidad de las actividades denominadas “servicios públicos”, motivo por el cual abarcan tanto la problemática de los servicios de transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural como el servicio de captación, potabilización, transporte y distribución de agua potable y desagües cloacales, de telecomunicaciones y de transporte público de pasajeros.

Ahora bien, primeramente, y como un dato esencial al momento de investigar y opinar respecto de los servicios públicos, es inevitable tener en cuenta que durante la mayor parte de su vida institucional, Argentina careció de un verdadero “sistema jurídico” en el campo de las actividades referidas. Es más, aún carece de dicho “sistema”, pues aún cuando es dable aceptar que durante los últimos años del siglo XX y los primeros del siglo XXI se notan intentos de construir normativas e instituciones, lejos se está todavía de lograrlo y, por cierto, los últimos tiempos se caracterizan por grandes retrocesos o, al menos, un notorio estancamiento en la materia.

Tal circunstancia puede considerarse, indistintamente, “causa” y “consecuencia” de la ausencia de políticas de Estado elementales y de cuerpos normativos generales, multidisciplinarios, que permitan gestionar y operar con criterios equivalentes tales servicios, legislar

sobre principios inamovibles y juzgar, los inevitables conflictos, con lineamientos uniformes y previsibles.

Asimismo, las instituciones creadas a lo largo del tiempo, centralizada o descentralizadamente, sea para la planificación, la regulación, el control o la prestación misma, en la mayoría de los casos sobrellevaron en sus espaldas el peso de las falencias y carencias señaladas en el párrafo anterior, sumándose, además, una marcada desidia e indiferencia de los gobiernos de turno por respetar básicamente los niveles de independencia que las mismas requieren y la especialización y capacitación al momento de seleccionar el factor humano.

En definitiva, desde todo punto de vista, los denominados “servicios públicos” sufrieron en el transcurso de la historia una perniciosa utilización de la discrecionalidad administrativa, por no decir arbitrariedad, “resistieron” la mutabilidad permanente e infundada de sus reglamentaciones, se “deterioraron” ante la “politización” de decisiones fundamentalmente técnicas, pendularon al ritmo de caprichos ideológicos y transitaron, consecuentemente, por un camino sin trazas orientadoras y carentes de un rumbo definido.

Todo ello, en la medida que se trata de actividades estrechamente vinculadas con la salud, la seguridad y el progreso social y económico, terminó afectando gravemente a la totalidad de la población, al obstaculizar el desarrollo productivo, la industrialización y, con ello, las posibilidades ciertas de cada persona para emprender distintas actividades en busca de un mejor futuro.

La compleja realidad del “servicio público”, y su carácter multidisciplinario, aconsejó incluir en el presente trabajo, en esta instancia previa al desarrollo del tema principal, una investigación y análisis de los antecedentes históricos del tema y de su evolución jurídica e institucional, razón por la cual conviene esbozar en esta presentación preliminar, una síntesis general del estudio.

La presente síntesis, deberá servir de herramienta para una mejor administración y coordinación entre las distintas partes del estudio, al tiempo que se aprovechará como instrumento para su mejor

comprensión y entendimiento. Todo ello, teniendo especialmente en cuenta que, más allá de los enormes esfuerzos realizados para estructurar estratégicamente el desarrollo del trabajo, su extensión y complejidad requiere el máximo esfuerzo para articularlo adecuadamente.

La investigación comienza tratando de esclarecer una de las cuestiones más debatidas, en diferentes ámbitos, respecto del principal objeto de estudio, es decir, los entes reguladores. En tal sentido, desde su aparición en el mundo del derecho, y aún hoy, se discute intensamente sobre la naturaleza jurídica de tales organismos, siendo posible identificar algunas posturas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, excesivamente amplias, que le atribuyen dilatadas funciones y se refieren a ellos “como un Estado dentro del Estado”, y otras, excesivamente restringidas, que reducen sus competencias al mero “control” de los servicios públicos, reservando las demás funciones en la Administración central.

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido desde su creación, y hasta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido “caso Estrada”², también tanto en doctrina como en jurisprudencia, la polémica suscitada respecto de la naturaleza jurídica de los entes reguladores fue en crecimiento, superando aspectos meramente jurídicos y vinculándose con posturas y conveniencias de índole “políticas”. También económicas.

En realidad, si se atendiera estrictamente a las normas de su creación, debería aceptarse pacíficamente que los entes reguladores son “organismos autárquicos” y, para determinar concretamente sus deberes y atribuciones, sería suficiente con recopilar algunos artículos de los denominados “marcos regulatorios”, y sistematizarlos básicamente. Sin embargo, lo realmente sucedido dista mucho de lo expresado, a tal punto que nada parece fácil y sencillo al momento de

² Conocido en el mes de abril del año 2005, es decir, 13 años después de la creación del ente regulador cuyas competencias, funciones y potestades son su principal objeto de juzgamiento.

determinar los alcances de las competencias de los entes reguladores, y ello es así por los siguientes motivos:

i.- La reiterativa, y por momentos obstinada, tendencia a comparar los “entes reguladores” creados en nuestro país con organismos similares que funcionan en otros países, como ser los Estados Unidos de Norteamérica y el Reino Unido. Sin embargo, tanto desde el punto de vista filosófico como netamente normativo, en muchos casos, sus características individuales suelen ser opuestas o, por lo menos, no coinciden plenamente en las cuestiones mas elementales.

ii.- La pretensión de construir teorías universales sobre los entes reguladores, lo cual no sólo es incorrecto sino que además puede ser contraproducente. Esto es así desde que la actuación de las instituciones de regulación, sin perjuicio de presentar bases similares, en su desarrollo presenta una fuerte y marcada dependencia de la situación fáctica y jurídica en que se encuentran las actividades bajo su ámbito de competencias, así como también depende de otras numerosas circunstancias externas a las mismas y que las afectan directa o indirectamente.

iii.- La confusión generada por los marcos regulatorios dictados en nuestro país, a partir de expresiones tan ambiguas como imprecisas e indeterminadas jurídicamente. Así sucede, por ejemplo, con la expresa atribución que las leyes realizan en favor de los entes reguladores para el ejercicio por parte de los mismos del “poder de policía sobre el servicio” o de “funciones jurisdiccionales”. En gran medida, estos organismos fueron confusamente calificados como “tribunales administrativos” porque los marcos regulatorios les atribuyen tales “funciones jurisdiccionales” y fueron también tachados de inconstitucionales por haber recibido del Congreso de la Nación funciones que le corresponden constitucionalmente al Poder Ejecutivo.

iv.- La ausencia de políticas de Estado, definidas y uniformes, respecto de las funciones esenciales que corresponde atribuir a los entes reguladores. Circunstancia que se agrava por la carencia absoluta de una labor educativa pública, orientada a distintos sectores,

sobre el sentido de tales instituciones y su carácter de organismos imparciales, independientes y especializados.

v.- La imprudente y caprichosa ruptura del “consenso político” y la “aceptación social”, requisitos decididamente imprescindibles, respecto de la necesidad de construir verdaderos “sistemas jurídicos” que abarquen los distintos aspectos de los servicios esenciales, dotando a dichos sistemas de coordinación e intangibilidad. Al respecto, es trascendental informar adecuadamente a los sectores políticos y sociales sobre los aspectos que conforman tales sistemas, así como también mostrar acabadamente y fundadamente, a los mismos sectores, el grave deterioro de la infraestructura social en la materia y la imperiosa necesidad de destinar inversiones para su subsanación.

vi.- La falta de una teoría general sobre la regulación pública estatal orientada a los denominados servicios esenciales, teoría que, una vez construida, debería verse reflejada insalvablemente en los pronunciamientos judiciales, las normas jurídicas y los actos administrativos emitidos por cualquier órgano del Estado.

Todo lo indicado contribuyó a la confusión generalizada, y especialmente facilitó las continuas intervenciones, directas o indirectas, sobre los directorios de los entes reguladores, dejando a tales instituciones sucumbir ante el desprestigio social, y obstaculizando – si no suspendiendo – la construcción de una doctrina regulatoria, fundada y equivalente en todo el territorio nacional.

Con las bases referidas brevemente, a continuación se describen, particularmente, cada una de las motivaciones que llevaron a la selección del tema de tesis y a optar por el desarrollo que finalmente se dio al trabajo.

2. LAS MOTIVACIONES POLÍTICAS Y SOCIALES DEL OBJETO SELECCIONADO PARA EL ESTUDIO E INVESTIGACIÓN

Tal como se afirmara al finalizar el título anterior, otorgar a los servicios públicos, “servicios esenciales” para el presente estudio, un

tratamiento objetivo y equilibrado en lo atinente a las políticas públicas constituye una imperiosa necesidad que supera las ideologías, los partidismos y las preferencias personales. Es imprescindible independizar el desarrollo de tales actividades de las voluntades humanas, especialmente de aquellas que se dedican a gobernar, desarrollando sistemas perdurables, y solo variables ante condiciones predefinidas y bajo procedimientos y formas preestablecidos.

Si bien, luego de décadas sin políticas definidas, los últimos años del siglo XX constituyeron una esperanza de estabilización, especialmente con el dictado de los denominados “marcos regulatorios” y la creación de los entes reguladores, desde principios del siglo XXI todo lo positivo que se había logrado se va esfumando, y contrariamente, lo negativo, parece acentuarse bajo el impulso, y al amparo, de una visión acotada del servicio público, de la regulación estatal y de las instituciones a cargo de su ejercicio.

Ahora bien, lo que realmente estimula a profundizar el estudio de las actividades orientadas a satisfacer necesidades esenciales de la población, es la estrecha vinculación que los mismos tienen con la salud, la seguridad, la educación y la vida misma, al tiempo que de tales actividades depende, sin lugar a dudas, una inmensa porción del desarrollo económico y social. Muy pocas cosas pueden concretarse socialmente sin servicios esenciales eficientes y abarcadores, pues la energía, el agua potable, el transporte y las comunicaciones, constituyen el motor del progreso continuo, equitativo y sustentable.

Y este pensamiento es el principal motivo por el cual se dedica una parte importante de este trabajo a estudiar la evolución histórica de la noción del servicio público, tanto en la doctrina jurídica como en la económica, y, a partir de dicha autorizada doctrina, se procura construir un concepto propio del mismo, un tanto innovador, pero fundamentalmente operativo y funcional a sus objetivos.

Sin perjuicio de ello, una especial fuente de inspiración de este trabajo aparece en la investigación que se expone sobre la situación de tales actividades en nuestro país, tanto desde el punto de vista de la infraestructura como de los aspectos funcionales y operativos. Al

respecto, el resultado de dicha investigación arroja datos preocupantes, entre los cuales provocan especial alarma los millones de habitantes que no tienen acceso a sistemas de prestación seguros.

Más aún, causa alarma y desazón descubrir que, por tal inaccesibilidad a sistema seguros, los sectores más carenciados, económicamente, de la población, no sólo deben “pagar” por la energía, el agua potable, el saneamiento y las comunicaciones, entre 3 y 5 veces más que los sectores más pudientes, los cuales acceden con mayor facilidad a sistemas seguros, sino que, por acceder precariamente a los servicios esenciales, en muchos casos ponen en riesgo sus vidas y su salud, postergando, además, transitoria o definitivamente sus reales posibilidades de progreso y desarrollo.

Si bien respecto de ningún centro poblacional de la Argentina es posible afirmar que la infraestructura de servicios públicos se encuentra en perfectas condiciones ni que operativamente los servicios superen en demasía las exigencias mínimas, no muy lejos de los principales asentamientos urbanos la situación se torna verdaderamente grave, y basta un evento climático “leve” para que el agua potable deje de serlo, para que la luz “brille” por su ausencia o para que los sistemas de “saneamiento” deban ser interrumpidos por largos períodos de tiempo.

Así es como, todos los años, cientos de niños y ancianos de nuestro país mueren “apretujados” entre sí, intentando protegerse del frío del invierno, sin acceder a una estufa a gas o eléctrica, mientras en las oficinas de los grandes edificios públicos, “estatistas” contra “privatizadores” continúan discutiendo sobre quién debe operar los servicios públicos. Causa verdadera alarma saber que es esta una realidad absolutamente desconocida en la mayoría de los casos.

Así es también como, miles de niños argentinos padecen infecciones, más o menos graves, que en numerosos casos los conducen a la muerte o a la invalidez, por consumir agua no potabilizada, debido a que la “red” de provisión todavía no llegó a sus hogares. Miles de argentinos no pueden superar saludablemente los 50 años de vida por haberse expuesto durante décadas a la “mortal” contaminación

de ríos y montañas, fruto de los deteriorados e insuficientes sistemas de depuración de líquidos cloacales. Mientras tanto, los informes oficiales indican, con espantosa frialdad, que los sectores que sólo acceden al agua potable a través de los denominados “grifos comunitarios” ubicados a 100 metros de sus viviendas “deben considerarse como población servida”.

Mientras esto sucede, ilustres representantes de la sociedad civil, intelectuales, políticos y funcionarios, se acusan mutuamente de haber “tolerado” empresas públicas “corruptas” y deficitarias o de haber “vendido” a un invisible “imperio invasor” supuestas “joyas de la abuela”.

Cientos de escuelas, diariamente, suspenden las clases por repentinos cortes o suspensiones de los servicios esenciales, cientos de hospitales y centros de salud cierran sus puertas en invierno porque, al carecer de gas natural, sus directivos prefieren que los pacientes mueran por falta de atención médica en sus casas a que agonicen de frío en sus instalaciones hasta morir de un paro cardíaco.

Cabe preguntarse si existe conciencia de esta realidad, especialmente cuando se utilizan horas, días, meses y años construyendo teorías sobre los servicios públicos, cuando, desde los gobiernos de los Estados se ordena estatizar o privatizar empresas de servicios públicos, sólo porque el antecesor o el enemigo “político” hizo lo contrario y, cuando se “denigra” sin fundamento alguno a las instituciones de control y regulación, sólo porque su existencia y subsistencia obedece a un pensamiento no compartido o a un programa ideado y publicitado por otro gobierno.

Por ello, si bien este trabajo tiene su esencia jurídica, desde un principio se propone mostrar la realidad, en el convencimiento de que sólo así podrá comprenderse la necesidad de construir bases sólidas y consensuadas para los servicios públicos esenciales, tanto respecto de los múltiples aspectos jurídicos como técnicos y económicos. En este marco, deberá definirse de una vez, y en principio para siempre, la modalidad societaria para su prestación, así como la for-

ma como se integrarán y funcionarán las instituciones de control y regulación y los alcances de sus competencias.

3. LAS MOTIVACIONES JURÍDICAS E INSTITUCIONALES DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO

Es necesario admitir que, más allá de las polémicas doctrinarias y las cargas históricas e ideológicas que llevan sobre sus “espaldas” los aquí identificados como servicios esenciales - en algunos lugares y para determinadas doctrinas "servicios públicos"³ -, por sus características adquieren una importancia fundamental en el desarrollo de las naciones y el bienestar de los pueblos.

Esto es así, desde que la calidad de su producto final⁴ y la expansión ordenada y proporcionada del alcance de sus beneficios, permiten satisfacer las necesidades más elementales del ser humano. Entre dichas “necesidades básicas” corresponde anotar aquellas que hacen a la vida, la integridad física, la seguridad, la higiene y salubridad, la protección ambiental y el envío y recepción de datos e información, entre otras.

Además, tales servicios son instrumentos para la satisfacción de otras necesidades que, quizás sin recibir el calificativo de "básicas" se conectan estrechamente con el progreso, el trabajo digno y la calidad de vida, todo lo cual posibilita y asegura el progreso y el desarrollo sustentable.

³ Como lo hemos aclarado en la oportunidad debida, para facilitar una lectura más fluida, respecto del término “servicio público”, en general y sin pretender esbozar una noción, lo utilizamos para referirnos a aquellas actividades sujetas a un régimen especial de regulación económica por parte del Estado en atención a su estricta vinculación con la satisfacción de necesidades esenciales de la población.

⁴ Es decir, electricidad, agua potabilizada, gas natural, desagües de líquidos cloacales, carreteras para transporte de personas y cosas, comunicaciones en sus distintas modalidades, entre otros.

Por ello la calificación o conceptualización de una actividad económica como “servicio público” no responde a un fin en sí misma ni a una mera cuestión doctrinaria o filosófica. Por el contrario, debe funcionar como en una “técnica instrumental”, de naturaleza económica y jurídica, que al aplicarse sobre determinada actividad la hace partícipe de un sistema especial de regulación económica por parte del Estado, en su carácter de protector del interés público⁵.

Desde un punto de vista institucional, los últimos años del siglo XX y primeros del siglo XXI vieron nacer masivamente los primeros entes reguladores de servicios públicos⁶, organismos a los cuáles se les encomendó la difícil tarea de construir en la práctica ese “sistema especial de regulación económica” al que se hizo referencia. Con el paso del tiempo, la práctica ha permitido comprobar la necesidad de su existencia, así como la importancia de resguardar la inte-

⁵ El servicio público es un instrumento de satisfacción del interés público y, como tal, constituye una “herramienta” para el progreso del hombre y el desarrollo social. Difícilmente un país o una región pueda desarrollarse sostenidamente, especialmente en lo atinente al factor humano, en la medida que no planifique, estructure y suministre a sus habitantes servicios básicos eficientes a través de la técnica del servicio público.

⁶ Conforme se desarrolla a lo largo del trabajo, en gran parte de los estados latinoamericanos, y también de otras regiones del mundo, los organismos encargados de la regulación y control de los servicios públicos son indistintamente denominados “sindicaturas de servicios públicos”, “entidades autónomas”, “entes de contralor” o “comisión de regulación”. Así por ejemplo el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) en Bolivia (Ley 1600 de 1994); la Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL) en Brasil (Ley 9427 de 1996); la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) de Chile (Ley General de Servicios Públicos de 1989; la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de Colombia (Ley 142 de 1994); el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E.) en Argentina (Ley 24.065 de 1992). Por ello, cuando se hace referencia a la “institucionalidad regulatoria” o al “sujeto regulador” u “organismo regulador”, en el fondo se pretende evitar la individualización o las referencias particularizadas, procurando abarcar en la opinión todo el objeto de estudio. En el caso de la Argentina, respecto del término “entes reguladores”, es utilizado aquí en referencia a todo organismo centralizado o descentralizado, con autonomía o autarquía, cuyas funciones sean regular y/o controlar los mencionados servicios públicos.

gridad de sus competencias y de permitir que las mismas sean ejercidas en un ámbito independencia y especialización.

Es cierto que resta mucho por debatir sobre la naturaleza de la institucionalidad regulatoria y también mucho por analizar, respecto de la justicia, razonabilidad y operatividad de algunos principios y normas que surgen de los distintos ordenamientos jurídicos que dan origen a dichos organismos⁷. No obstante ello, en lo esencial los entes reguladores se han consolidado paulatinamente como partícipes imprescindibles de un sistema que necesita gobiernos y gobernantes conscientes y respetuosos de su trascendencia, empresarios dispuestos a trabajar en convivencia con las ventajas y desventajas de estar sujetos a un sistema de regulación económica y usuarios dotados de verdaderos derechos operativos.

Desde un punto de vista normativo, casi concomitantemente al nacimiento de las instituciones reguladoras referidas, se dictaron los denominados marcos regulatorios para los “servicios públicos”, cuerpos normativos integrados por actos de naturaleza legal, reglamentaria y contractual que establecen los derechos y obligaciones de cada actor de la actividad regulada, así como también las normas de calidad, el régimen tributario, los principios tarifarios, sus bases y los procedimientos para su determinación, el área de prestación, el régimen de expansiones, los reglamentos de sanciones y resolución de conflictos y otros aspectos vinculados con las prestaciones, su control y regulación⁸.

Sin embargo, era previsible que el nuevo sistema necesitaría un tiempo razonable para ser conocido, comprendido y aceptado por

⁷ Cuestión realmente importante y trascendente si tenemos en cuenta que dichos principios y normas sirvieron de fundamento para el dictado de actos, la resolución de conflictos y la aplicación de sanciones por parte de los organismos de regulación y control.

⁸ Sobre el concepto de “marco regulatorio”, sin perjuicio del desarrollo que aquí se realiza, se sugiere ampliar en Daniel M. NALLAR, *El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico de la transformación del Estado, las privatizaciones y los entes regulatorios*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, capítulos V y VI.

cada uno de los ciudadanos y funcionarios, incluyendo reguladores y prestatarios, especialmente teniendo en cuenta el vacío normativo e institucional que le había precedido y las novedosas distinciones, hasta ese momento inexistentes, entre el Estado y el prestador, y, entre este último y el organismo regulador.

La continuidad, e incluso el fortalecimiento del proceso de transferencia de las prestaciones al sector privado, la plena integración de este último con el sector público y la consolidación de las instituciones de regulación, podría considerarse una segunda etapa en la transformación y reforma operada sobre las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población⁹, proceso que, con sus aciertos y sus errores, ha permitido "develar" antiguas fallas del sistema, "zonas grises", vacíos normativos, deficiencias estructurales y carencias y deformaciones institucionales existentes y persistentes.

Finalmente, desde un punto de más genérico y abarcador, se detectan otros aspectos del sistema que no presentan lagunas legales, deficiencias estructurales ni problemas institucionales, pero que generan "fallas" obstaculizantes derivadas esencialmente de una enorme y marcada carencia cultural, la cual necesita ser manifestada, planteada y resuelta, con urgencia, desde un punto de vista fundamentalmente ético¹⁰.

⁹ La primera etapa transcurre mediante la elaboración de los marcos de reformas estructurales sobre las empresas prestatarias, los procesos de transferencia de sus acciones o de la gestión de los servicios al sector privado, la elaboración técnica y jurídica de los títulos habilitantes y los marcos regulatorios para el ejercicio de cada actividad.

¹⁰ Expresa Juan Pablo II, en la *Carta Encíclica Centesimus Annus (1991)*, que el "bien común no es la simple suma de los intereses particulares, sino que implica su valorización y armonización, hecha según una equilibrada jerarquía de valores y, en última instancia, según una exacta comprensión de la dignidad y de los derechos de la persona", en tal contexto, agrega entonces que "la economía de mercado no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político". A partir de tal premisa, en el mismo documento se elabora brillantemente el concepto de cultura que adoptamos, calificándola como el "compromiso concreto de solidaridad y caridad que comienza dentro de la familia con la mutua ayuda de los esposos y, luego, con las atenciones que las generaciones se prestan entre sí" y

En tal sentido, los distintos sectores políticos, sociales y académicos, deben ser conscientes que en algunos Estados de América latina, y especialmente en Argentina, han transcurrido muchos años sin líneas de acción claras y definidas en materia de servicios públicos, con criterios cambiantes en lo que hace a su regulación, y notables ineficiencias operativas, con inmensos vacíos normativos y una alarmante inexistencia de controles.

Todo ello no sólo genera los problemas por todos conocidos¹¹, sino que define actitudes en la comunidad que lo padece y provoca una situación muy difícil de modificar, como es el profundo descreimiento en la bondad de cualquier medida, la aceptación de la ilegitimidad como algo legítimo, la resignación a la inoperancia y la anarquía y el acostumbramiento al desorden y la indisciplina¹².

Por ello, si bien la prestación, el control y regulación de los servicios públicos esenciales, debe estudiarse en sus aspectos estruc-

continua con similares estructuras de solidaridad entre sociedades intermedias y luego el Estado. "El individuo hoy día - continua Juan Pablo II - queda sofocado con frecuencia entre dos polos del Estado y el mercado. En efecto, da la impresión a veces de que solo existe como productor y consumidor de mercancías, o bien como objeto de la administración del Estado, mientras se olvida que la convivencia entre los hombres no tiene como fin ni el mercado ni el Estado, ya que posee en sí misma un valor singular a cuyo servicio deben estar el Estado y el mercado ... Esta búsqueda abierta de la verdad, que se renueva cada generación, caracteriza la cultura de la Nación (ver y ampliar en *Carta Encíclica Centesimus Annus...*, Capítulo V, especialmente apartados 44 a 50).

¹¹ Desinversión, ausencia de normas tarifarias, bajos niveles de calidad, mala atención a los usuarios, ausencia de planes de contingencias, servicios discontinuos, etc.

¹² Sin temor a exagerar, y con el debido respeto, es oportuno al respecto traer a la memoria aquellas sencillas pero crudas palabras de Juan Bautista Alberdi, respecto de la reticencia natural al cambio, por más ventajoso que sea, expresando que "... no se inicia en los secretos de la libertad al esclavo octogenario, orgulloso de sus canas, de su robustez de viejo, de sus calidades debida a la ventaja de haber nacido primero, recibe el consejo como insulto y la reforma como humillación" (cfr. Juan Bautista ALBERDI, *Bases*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, Capítulo XXVI "De la capital de la Confederación Argentina. Todo gobierno nacional es imposible con la capital en Buenos Aires").

turales e institucionales, cuyas mejoras contribuyen al normal funcionamiento del sistema y al adecuado respeto de los derechos constitucionales, legales y contractuales reconocidos a todas las partes involucradas, es también sumamente importante atender en el estudio, con idénticos niveles de profundización y sistematización, la cuestión cultural, es decir, aquella que, hábitos y actitudes mediante, sirve de sustento, impulso y concreción de los fines y objetivos que justifican y legitiman el “gran” cambio.

Cambios tan profundos merecen de la sociedad en general, y de funcionarios y empresarios en particular, una actitud reflexiva y una lectura meditada, para asegurar la marcha exitosa e ininterrumpida hacia al nuevo sistema, para incentivar su plena adopción y para defenderlo y practicarlo con corrección y efectividad. "No son las leyes las que necesitamos cambiar - expresaba sabiamente Alberdi -, son los hombres, las cosas"¹³.

4. LAS MOTIVACIONES TÉCNICAS DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO

Los países en vías de desarrollo presentan mayoritariamente problemas comunes, en aspectos fundamentales de sus servicios esenciales. Estos “problemas” que no deben su aparición y subsistencia a hechos fortuitos ni a eventos extraordinarios, imprevisibles e inevitables, sino a las erróneas políticas públicas y, en muchos casos, a la ausencia de tales políticas. En prácticamente todos los casos la situación de los servicios es caótica, con la consecuente incidencia que ello provoca sobre la calidad de vida de la población, la salud y la seguridad pública.

Al respecto, la ausencia de políticas de Estado en la materia deja espacio para un alto nivel de discrecionalidad en las decisiones a adoptar periódicamente sobre los distintos temas que involucran las

¹³ *Ibid.*, Capítulo XXVI “De la política que conviene a la situación de la República Argentina”.

prestaciones de los servicios, lo cual genera ambigüedades e ineficiencias insalvables, con los consecuentes elevados costos de explotación. Ello, sumado a los bajos niveles de cobranza y al cada vez más grave y acentuado estado de desinversión, tanto en aspectos tecnológicos como estructurales, constituye una ecuación “fatal”, que, en su conjunto, termina por destruir los sistemas existentes.

En definitiva, las consecuencias de lo expresado en último término no deben sorprender, pues más allá de ser “públicos” y “esenciales”, se trata de actividades de naturaleza esencialmente “económica”, lo cual sujeta las decisiones que se adoptan respecto de las mismas a determinadas premisas y criterios que no pueden dejar de respetarse sin afectar su normal desarrollo. Así es como, a título ejemplificativo, desde el punto de vista de la economía, cuando la recaudación de una empresa no alcanza un mínimo margen de cobranza, los costos de prestación superan los ingresos y no existen parámetros tarifarios básicos que aseguren estabilidad y previsibilidad, la situación se torna simplemente insostenible.

Desde el punto de vista de la ciencia jurídica la situación aparece igualmente caótica, pues más allá y sin perjuicio de los efectos negativos que derivan de la ausencia de principios básicos, se advierte una verdadera situación de “anarquía” en la faz normativa. En tal sentido, existen leyes, decretos y resoluciones varias que se contradicen entre sí y se han distribuido idénticas funciones y competencias en organismos distintos.

Respecto del “control” sobre los servicios, el mismo se sumerge en un profundo vacío legal, fruto no sólo de la gran confusión normativa e institucional, ya descrita, sino además de la ausencia de lo que podría denominarse “disponibilidad al control” por parte de la gran mayoría de los prestadores públicos o privados. El tiempo se pierde, y la eficiencia también, en los requerimientos de información y documentación que nunca es remitida o que se envía sin un orden adecuado para su correcta interpretación.

El usuario ha sido virtualmente “abandonado” en reglamentaciones confusas y arbitrarias y que carecen de operatividad y acata-

miento por parte del funcionario de turno, así como también del prestador. La ausencia de derechos y deberes claramente determinados, más allá de su perniciosa abundancia, demostró ser el principal enemigo de la eficiencia. No basta con atribuir al usuario cientos de “derechos”, si no se prevén los procedimientos para su ejercicio y se les enseña como usarlos.

El panorama se completa con un elevado porcentaje de instalaciones en estado de absoluta obsolescencia y que, como uno de los peores males, no responden en su construcción y desarrollo a planificación previa alguna ni tampoco a técnicas predeterminadas y probadamente eficientes.

En definitiva, los países en vías de desarrollo presentan carencias de infraestructura básica, con zonas no servidas o mal servidas; alto porcentaje de población con problemas para pagar el servicio; crecimiento urbanístico desordenado; graves irregularidades dominiales; enormes vacíos normativos; actores del servicio sin una cultura de respeto y sujeción a normas vigentes; interferencias políticas frecuentes y; un perjudicial desorden tributario que se traduce en inseguridad jurídica y el consecuente retraso en la ejecución de las inversiones necesarias.

Las deficiencias pendientes de solucionar exigen acciones concretas y, a partir de una fundada explicación, en el estudio se sugiere, como una regla básica y trascendental para el correcto desarrollo de los servicios y su posterior regulación y control, cumplir al menos con las siguientes premisas:

- i.- suscribir contratos abiertos y flexibles;
- ii.- prever procedimientos ágiles y transparentes para la interpretación de tales contratos y el cerramiento de las cláusulas abiertas en cada caso concreto y;
- iii.- dictar procedimientos participativos, tanto para el tratamiento y resolución de adecuaciones contractuales como para la modificación de normas y la sustitución, aumento o disminución de obras pactadas.

Se sugiere también, como premisa básica, asegurar condiciones de previsibilidad y estabilidad en materia tributaria y establecer expresamente en cada título habilitante - concesión, licencia, autorización o permiso - la jurisdicción única en tal ámbito o materia, así como también evitar la doble atribución orgánica de la planificación y control en lo que hace a la protección del ambiente y a la determinación de las condiciones técnicas de las instalaciones.

Esto último significa concentrar la mayor cantidad de tareas posibles en cabeza de un organismo regulador con alto grado de independencia y especialización. En Argentina, sin dudas son los entes reguladores quiénes deben asumir dicho "rol", para cuyo desempeño han sido dotados de las competencias y potestades suficientes en las normas de su creación, aún cuando cierto sector doctrinario, algunos con profundos fundamentos y otros no tanto, considere que los organismos referidos deben limitar su actuación para no incurrir inconstitucionalmente en el ámbito de actuación de la Administración central.

En otro orden, es imprescindible tener en cuenta que nuestro país, al igual que todos los países que experimentan procesos de desarrollo, necesita imperiosamente incrementar la inversión en infraestructura de transporte, telecomunicaciones, energía eléctrica, distribución de gas natural, suministro de agua potable y alcantarillado cloacal.

Esta inversión no sólo permitirá llegar con servicios a sectores no abastecidos, con las implicancias positivas en materia de salud y seguridad, sino que también coadyuvará a revertir la desigualdad y mejorar el crecimiento de ingresos per cápita. En efecto, es oportuno tener en cuenta, tal como se advierte con citas textuales de estudios especializados durante el desarrollo del trabajo, que la escasa o nula inversión en infraestructura de servicios públicos esenciales, está obs-

taculizando el natural crecimiento económico a largo plazo y afecta gravemente los niveles de competitividad, de ingresos y de equidad¹⁴.

La tarea no es sencilla. Basta con advertir que, tomando como base la región latinoamericana, estudios publicados en el año 2000, calculaban necesario invertir aproximadamente, y por año, 70 mil millones de dólares en los 5 años siguientes, solo para poder alcanzar niveles óptimos de construcción, mejoras y manutención de los caminos, las vías férreas, los sistemas de telecomunicaciones y de energía, y los sistemas de suministro de agua y alcantarillado¹⁵.

Sin embargo, la situación que puede preverse en base a lo sucedido hasta el momento no es alentadora, especialmente teniendo en cuenta que las fuentes privadas, que se suponía iban a cubrir las necesidades de infraestructura, han perdido su apetito en este rubro por las cambiantes e imprevisibles decisiones públicas, la confusión institucional y los niveles tarifarios excesivamente bajos, al tiempo que la inversión del sector público fue decreciendo, aún cuando es razonable esperar algún repunte a corto plazo¹⁶.

Como puede advertirse, además de los impactos en el crecimiento y la competitividad, la infraestructura en materia de servicios públicos también impacta directa o indirectamente sobre los niveles de pobreza e indigencia.

Esto es lógico y previsible, especialmente porque las deficiencias estructurales en la materia afectan de manera significativa a los sectores económicamente más pobres, los cuales deben buscar alter-

¹⁴ Esta es, entre muchas otras, una de las conclusiones del estudio realizado por el Banco Mundial titulado "Invirtiendo en Infraestructura: ¿Qué se necesita entre 2002 y 2010?" (Investing in Infrastructure: What is Needed From 2002 to 2010?), coordinado por Danny LEIPZIGER, Director de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura del Banco Mundial para América Latina y el Caribe, 2001 (puede consultarse en <http://econ.worldbank.org/files/28605wps3102.pdf>.)

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ En la mayoría de los países de América Latina y del Caribe la inversión pública en infraestructura en servicios no supera el 1% del PIB, considerándose como necesario u óptimo un mínimo del 3%.

nativas de acceso al agua potable, al saneamiento, la energía, las telecomunicaciones y el transporte. Como se ha expresado más arriba y es oportuno reiterarlo aquí, las opciones o alternativas de que disponen quienes no acceden la infraestructura adecuada, en muchos casos significan costos hasta 5 veces superiores a los costos que deben afrontar los sectores económicamente más ricos¹⁷.

De manera que, las mejoras en cobertura y calidad tienden a beneficiar más a los pobres porque son ellos quienes menos pueden costear otras alternativas, pero además, especialmente porque ha sido demostrado que una mejor infraestructura de servicios reduce en forma significativa la desigualdad¹⁸.

Atraer nuevamente las inversiones del sector privado requiere de un marco institucional, regulatorio y legal predeterminado y lo suficientemente sólido, así como también la disposición a suscribir contratos transparentes y estructuras financieras innovadoras que generen menor riesgo y mayor rendimiento a las inversiones.

Muchos de los problemas que el sector privado advierte, se relacionan con la falta de seguridad jurídica y previsibilidad económica, con la debilidad institucional y la imprudencia e impericia en el manejo de los asuntos públicos por parte de los gobiernos de Estado, incluyendo las continuas y perniciosas amenazas de abrir instancias de renegociación de los contratos y concesiones.

¹⁷ Es el caso de los usuarios que deben construir pozos para la descarga cloacal, comprar el agua a camiones aguadores eventuales, proveerse de gas a través de garrafas, trasladarse en vehículos de transporte más caros e inseguros para llegar a su trabajo y comunicarse a través de comercializadores de los servicios telefónicos.

¹⁸ De acuerdo a nuevos datos del Banco Mundial, las mejoras del acceso al agua potable, en particular, tiene un impacto positivo adicional en la disparidad de ingresos. Nos remitimos al respecto, y recomendamos la lectura, con seguro provecho, de "Los Efectos del Desarrollo de la Infraestructura en el Crecimiento y la Distribución de Ingresos" (The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution), Sector Privado e Infraestructura del Banco Mundial para América Latina y el Caribe, 2003 (puede consultarse en <http://econ.worldbank.org>).

De la investigación realizada, expuesta extensa y fundadamente en el texto principal, surgen numerosas fallas, sin perjuicio del importante proceso de transformación operado ya en nuestro país en los últimos años del siglo XX, pues aún cuando se dieron pasos importantes, falta todavía mucho por hacer para generar prestaciones más eficientes, obtener el financiamiento para construir la infraestructura faltante y proteger los derechos de los usuarios.

En tal contexto, la única respuesta efectiva para que el proceso no se detenga es el liderazgo político, que demuestre decisión sobre la ejecución del proceso, convencimiento sobre su conveniencia, conocimiento y aprobación formal de los pasos a seguir y que asegure la participación pública en casos específicos. Sin perjuicio de ello, el consenso político y la aceptación social son los puntos de partida de toda política de Estado que pretenda implementarse para la eficiencia de los servicios públicos esenciales.

Es el gobierno a cargo de la administración de los asuntos públicos quién debe asumir pro-activamente, con decisión y firmeza, su obligación de fomentar la inversión y cuidar la salud de las instituciones destinadas a controlar y regular los servicios públicos esenciales, y para ello debe “advertir” y “comprometer” a los demás poderes del Estado con una solvente explicación sobre los problemas existentes y la conveniencia de las soluciones propuestas.

Sin dudas el punto de partida es un completo y comprensible informe sobre la situación de los servicios, el porcentaje de población desatendida, el estado de la infraestructura existente y todos los riesgos que ello significa para el interés público. Lo primero es mostrar que la situación es realmente insostenible y que una “transformación” es inevitable, luego, los caminos para esa transformación serán más transitables.

5. LAS MOTIVACIONES INTERNACIONALES DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO

En los distintos órdenes que integran el concepto de Estado, desde mediados del siglo XX se van delineando profundos cambios que exigen especial atención por parte de los Gobiernos de turno. Fundamentalmente, es necesario tener en cuenta que cualquier delimitación política y territorial que enmarque conceptual o físicamente a los estados y que autorice a distinguir, aunque sea imaginariamente, un principio y un final en cada uno de ellos, como modo de separarlo e independizarlo de “los demás”, sólo encuentra justificación en la necesidad y conveniencia de establecer un “orden mundial”.

Los estados modernos constituyen núcleos de poder que procuran facilitar el ejercicio racional de la autoridad a los efectos de dictar órdenes normativos justos y adecuados a la cultura de cada pueblo – si bien sujetos al orden natural –, atender y dirimir eventuales controversias entre miembros de la sociedad y aplicar y hacer aplicar las leyes vigentes. Todo ello con el único fin de alcanzar la satisfacción del interés público.

Pero la “constitución” de un Estado, su delimitación y circunscripción territorial, el reconocimiento y atribución de sus potestades y la creación de un “orden jurídico” interno, en ningún caso pretende confrontar ese orden jurídico – político individual con el mismo orden mundial, ni puede implicar su aislamiento del mundo, en detrimento del bienestar de un pueblo. Aceptar como legítima la posibilidad de esa confrontación y aislamiento, implica contradecir los motivos que justifican y sustentan la existencia misma del Estado.

Por ello, en el orden político, de la mano de principios universales, las organizaciones continentales y regionales están marcando paulatinamente el fin del protagonismo absoluto del Estado.

Cada vez son más los bloques regionales a través de los cuales los Estados soberanos buscan una mayor y mejor inserción en el contexto político y económico mundial, y cada vez más, dichos bloques

regionales crean y estructuran sus propios cuerpos parlamentarios y de resolución de controversias. En igual sentido, los tribunales internacionales creados a los efectos de dirimir controversias entre estados, y de éstos con empresas extranjeras, van cobrando importancia y respeto

En definitiva, los acuerdos supranacionales ayudan a los países a auto disciplinarse, por crear un escudo protector contra las decisiones arbitrarias y las tentaciones de abusos del poder. Significan tales acuerdos, aún cuando para muchos gobernantes es difícil de aceptar, la supremacía de una “legalidad internacional” sobre la “soberanía estatal”.

En el orden económico la economía industrial es sustituida por una economía de información y conocimiento. En tal sentido, el nuevo orden económico mundial se sustenta en una “riqueza” creada por empresas que operan en mercados abiertos y de entorno global, lo cual requiere, como imprescindible e inevitable, proveer a la unificación de los criterios y principios sobre inversiones públicas y privadas¹⁹.

En éste último sentido es tan posible como necesario fijar criterios regulatorios uniformes que, sin desatender la dignidad de la persona y la libertad, tampoco contribuyan a resignar seguridad jurídica y estabilidad

En el orden jurídico la tendencia exige sustituir los antiguos e ineficientes sistemas de abundantes normativas, que procuran “preverlo todo” y “para siempre”, por sistemas mucho mas acotados, de normas flexibles pero de cumplimiento rígido²⁰. El riesgo – país crece fundamentalmente cuando crece la confusión normativa, porque es tal “confusión” o “dispersión” el factor más importante de inseguri-

¹⁹ Vid. Carta Fundacional de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), www.asierregulacion.org.

²⁰ Cfr. Andrés OPPENHEIMER, Cuentos Chinos. El engaño de Washington, la mentira populista y la esperanza de América Latina, Editorial Sudamericana. 2005, capítulos I y II.

dad jurídica, al tiempo que aparece como el panorama más propicio para la arbitrariedad.

Especialmente en aquellos países en vías de desarrollo y que sufrieron fuertes impactos económicos, es frecuente encontrar sistemas normativos que contienen normas contradictorias y que, con los riesgos ciertos que ello significa sobre la libertad y la igualdad, permitirían adoptar dos o más decisiones absolutamente opuestas entre sí pero igualmente “legales”, respecto de un mismo caso.

Finalmente, en el orden institucional, especialmente en América latina, la confianza en la eficiencia y perdurabilidad de las instituciones públicas ha desaparecido casi absolutamente. La pérdida de la confianza es considerada por algunos intelectuales, con toda razón, el “fin del Estado”, pues las sociedades empiezan, afortunadamente y desde cierto punto de vista, a conducir sus destinos de manera corporativa y sectorial, acudiendo cada vez con menos frecuencia a las instituciones estatales.

En efecto, y más allá de lo que digan “los papeles”, el fin de una institución como el Estado, no es su desaparición física o jurídica, lo cual posiblemente nunca suceda, sino esencialmente la pérdida de su “autoridad”. ¿Qué, si no un viejo y deteriorado barco hundido en el fondo del mar, es un Estado que no ofrece a su Gobierno la posibilidad de ordenar y ser obedecido?

Por todo lo que se viene expresando en éste título, el presente estudio se ocupa inicialmente de reflexionar, a través de los autores y las doctrinas más encumbradas, sobre el concepto de “autoridad”, considerando a la misma como la potestad “que en cada pueblo ha establecido su Constitución para que le rija y gobierne, sea dictando leyes, haciéndolas observar o administrando justicia”.

Desde un punto de vista estrictamente subjetivo, cuando se hace referencia al concepto de la “autoridad”, inevitablemente aparece la “persona”, o si se quiere las “instituciones”, revestidas de algún poder, mando o magistratura”. Ese poder potencial se actualiza segundo a segundo, a través del dictado de “reglas de conducta” y de su “observancia” por parte del destinatario. Es decir que, para que el

poder sea real y no un mero título, para evitar convertirse en una quimera, necesita infaliblemente de un correlativo: la obediencia. “No hay autoridad sin obediencia – asegura De la Vega - y ésta no existe sin aquella.”²¹

Si bien el “poder” es un derecho de la autoridad, fundamentalmente constituye el instrumento de que dispone para exigir la obediencia. En tal sentido, la utilización del “poder público” debe responder a dos condiciones básicas: estar siempre orientado, en mayor o menor medida, al bien común y ejercerse siempre en condiciones de justicia y equidad. Ello porque la autoridad, para ser tal y asegurarse la correlativa obediencia espontánea, necesita conquistar y mantener el crédito y la confianza de quién debe obedecer, de lo contrario se produce una situación de “anormalidad social”²².

En definitiva, los Estados deben asegurar políticas sociales y económicas justas y eficientes, sostenidas y uniformes, y que en lo atinente a los servicios públicos esenciales, básicamente cumplan con las siguientes premisas:

i.- asegurar y fortalecer los criterios y principios que sustentan la estabilidad de las instituciones y de las normativas que las crean y legitiman;

ii.- incentivar inversiones de distintos orígenes, donde tanto el sector público como el privado aporten dinero, mano de obra y conocimientos;

iii.- construir una cultura de respeto por la libertad de empresa, la propiedad privada y el derecho a progresar;

iv.- establecer un orden tributario con tasas e impuestos que cumplan los principios de legalidad y razonabilidad y;

v.- otorgar certeza y estabilidad a la distribución de competencias entre organismos o jurisdicciones públicas estatales.

²¹ Cfr. Julio César DE LA VEGA, *Diccionario Consultor Político*, Ediciones Librograf Editora S.R.L, Buenos Aires, 1996. Libro Rojo, página 42.

²² *Ibid.*

6. LA IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA CONCEPTUALIZACIÓN DEL “MARCO REGULATORIO” EN EL DESARROLLO DE LA TESIS

Definidas y explicadas las motivaciones del objeto de estudio, es oportuno ahora explicar, sintéticamente, el sentido atribuido a uno de los pilares sobre los cuales se asientan casi la totalidad de las opiniones y definiciones que se realizan a lo largo del trabajo, es decir, el concepto de “marco regulatorio”.

Los marcos regulatorios son, en esencia, cuerpos normativos integrados por normas de distinta naturaleza, con cuyo dictado se establecen las bases y cimientos para la planificación, regulación, selección de prestadores y prestación de los servicios esenciales. Es decir que, un concepto amplio del “marco regulatorio” de determinada actividad sujeta a un régimen especial de servicio público, no sólo debe limitarse a una norma de origen legal sino también a sus reglamentaciones, los pliegos de bases y condiciones conformados para la selección del prestador (concesionario o licenciatario) y los contratos mismos.

Se trata de un trabajo esencialmente legislativo, que procura la construcción de principios y reglas uniformes, con la intención de que los mismos otorguen estabilidad y consistencia a los principios y criterios generales que cualquier gobierno, cualquier prestador y cualquier usuario deben conocer y respetar bajo todas las circunstancias conflictivas que acompañan y condicionan inevitablemente la prestación de un servicio público esencial.

Tal como se definen en el texto del estudio y se esboza más arriba, los marcos regulatorios constituyen cuerpos normativos integrados por normas de distintas naturaleza, es decir, normas constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales. Las reglas que los integran van de un mayor a menor grado de generalidad y estabilidad. En tal sentido, la construcción de un “marco regulatorio” comienza por la misma Constitución del Estado – norma general y estable por excelencia – que define la base fundamental a partir de la cual se estructura sólidamente el sistema legal, reglamentario y contractual.

A partir del mencionado sustento constitucional, la integración del marco regulatorio continúa a través de normas legales emanadas del Parlamento del Estado. La generalidad y estabilidad de la Ley, que alcanza un grado sumamente importante pero siempre inferior a la norma de origen constitucional, permite establecer los principios generales, los que a su vez legitiman el nacimiento de las normas reglamentarias y contractuales a dictarse, necesariamente, con posterioridad.

En orden jerárquico, continúan integrando el marco regulatorio aquellas normas dictadas por distintos organismos de la administración centralizada y descentralizada, expresamente autorizados por la Constitución o por las leyes, y cuyo sentido final es el de otorgar funcionalidad a los principios generales asentados a través de las mencionadas normas constitucionales y legales. Se trata de reglas prácticas y particularizadas, entre las cuales corresponde incluir los actos individuales y generales dictados por la institución reguladora en el marco de sus competencias.

Finalmente, ya en el grado máximo de especificidad encontramos las normas contractuales, que integran el título habilitante – concesión, licencia o permiso – y que atienden a cuestiones tan particularizadas como los valores y categorías tarifarias, las modalidades de facturación, las normas de calidad técnica y comercial, los planes de inversión y el área de prestación, entre otros asuntos.

De manera entonces que, el “marco regulatorio” pretende asegurar dos premisas fundamentales en materia de servicios públicos, premisas que son tan importantes como de difícil aceptación por los gobiernos de turno, especialmente porque su vigencia significa una notoria reducción de la discrecionalidad estatal en materia de servicios esenciales, pero, al mismo tiempo, su no aceptación afecta gravemente la estabilidad de las normativas que rigen las prestaciones y las distintas relaciones jurídicas que derivan de las mismas. Tales premisas pueden enunciarse del siguiente modo:

i.- la primera de ellas enseña que todo principio, norma o regla que a ser aplicado en la regulación del servicio debe necesariamente

integrar, de manera previa y luego de cumplirse los procedimientos preestablecidos, el “marco regulatorio” vigente y;

ii.- la segunda premisa establece que, tales principios y reglas, sólo podrán modificarse mediante procedimientos predeterminados en la normativa general, con la participación de todos los sujetos involucrados.

Sin dudas que las “premisas fundamentales” referidas en el párrafo anterior, significa que el Estado debe ceder o resignar parte de sus potestades, al momento de ejercer de manera exclusiva y excluyente el poder de policía sobre los servicios bajo regulación. Sin embargo, corresponde advertir y tener en cuenta que el Estado en ningún caso, y respecto de ninguna actividad, tiene la atribución de ejercer un poder de policía ilimitado, cuantitativa o cualitativamente, ni de hacerlo sin una estricta sujeción a los principios de equidad, razonabilidad y legalidad. Asimismo, aunque con frecuencia lo hace, no debería ejercer dicho “poder” sin una mínima participación de los sujetos afectados o beneficiados por sus consecuencias jurídicas.

Desde el punto de vista planteado, las “premisas” expuestas no deberían aparecer como “exorbitantes” ni limitativas de las atribuciones originalmente encomendadas por la misma Constitución a los poderes del Estado. Más aún teniendo en cuenta que, desde un principio en nuestra historia constitucional, el dictado de normativas que modifican unilateralmente el orden jurídico vigente, provocando perjuicios concretos a terceros o limitando el ejercicio de derechos expresamente reconocidos con anterioridad, genera responsabilidad en el Estado y la correspondiente obligación de reparar los eventuales perjuicios económicos.

7. LA IMPORTANCIA DEL MODELO ASOCIATIVO PARA LA CORRECTA IMPLEMENTACIÓN DE LA TESIS PLANTEADA

El concepto de “asociación público - privada” procura referirse a un sistema o modelo para la prestación de las actividades económi-

cas sujetas a un régimen especial de servicio público - servicios esenciales -, así como también es factible su aplicación respecto de aquellas actividades que, aún no estando calificadas como tales, necesiten la implementación de programas o proyectos de mediano y largo plazo, constituidos por diversos planes de obras e inversiones, renovación de instalaciones vetustas e incluso adecuaciones técnicas y normativas de importancia.

El “modelo asociativo” que impulsa tal sistema adquiere plena utilidad cuando los servicios presentan problemas de infraestructura - por su carencia o por su vejez -, también cuando la situación social presenta un número considerable de usuarios en condición de indigencia - incapacitados para afrontar el costo de los servicios - y especialmente cuando desórdenes normativos graves requieren una adecuación paulatina e ininterrumpida.

En su acepción netamente jurídica, se trata de un modelo por el cual el sector público se asocia con el sector privado para el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios, compartiendo riesgos y responsabilidades.

Básicamente, mientras el sector privado asume compromisos de colaboración, inversión y transferencia de conocimientos y tecnología, el Estado, sector público en este caso, se ocupa fundamentalmente de garantizar el mantenimiento de las condiciones jurídicas y económicas pactadas, disponiéndose además, durante algunas etapas y bajo determinadas condiciones, a asumir la concreción de obras, diagramar ayudas públicas para casos de pobreza extrema y coordinar esquemas de prestación en zonas consideradas como no rentables.

La asociación público - privada se instrumenta mediante la suscripción de contratos de cooperación, documentos que contienen los derechos y obligaciones de ambas partes y las demás especificaciones técnicas que se determinen en cada caso, como ser los niveles de calidad con que se prestará el servicio, los cuadros tarifarios iniciales y los parámetros y procedimientos para su determinación, las zonas o áreas de prestación y los procedimientos para la incorpora-

ción de otras zonas no previstas inicialmente, los períodos y modalidades de facturación, etc.

Pero lo más importante tal vez no pasa por estos aspectos específicos, los que en definitiva irán adecuándose periódicamente con sustento en pautas y procedimientos consensuados, sino por la filosofía que cimenta e impulsa el desarrollo de la asociación y los criterios generales que sirven de “guía orientadora” para las decisiones que se van adoptando durante su existencia. Respecto de éstos últimos, en consideración a las ideas originalmente expuestas y a la normativa vigente en la Argentina²³, es posible esbozar las siguientes bases fundamentales del modelo asociativo:

i.- expreso compromiso del Estado de actuar eficientemente y, para ello, fortalecer la independencia y especialización de las instituciones públicas vinculadas con la planificación, el control y la regulación de los servicios;

ii.- establecimiento y mantenimiento de un ámbito donde se asegure consistencia y coherencia a las decisiones públicas a adoptar respecto de los aspectos complementarios de los servicios, como la planificación de inversiones, el desarrollo urbanístico y el orden tributario;

iii.- indelegabilidad del poder de policía, de regulación y de sanción del Estado, pero con absoluto respeto por los “derechos adquiridos” y las “condiciones pactadas”, salvo situación de emergencia pública declarada de conformidad a las pautas constitucionales;

iv.- compromiso del sector privado de respetar y hacer respetar los acuerdos alcanzados y de no suspender su ejecución aún ante circunstancias adversas, salvo que se trate de “circunstancias” provoca-

²³ El Régimen Nacional de Asociación Público-Privada es aprobado mediante Decreto 967/2005 y se destina a facilitar la asociación entre el Sector Público y el Sector Privado para el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios. El mismo Decreto crea una Comisión de Evaluación y Desarrollo de Asociaciones Público-Privadas, el procedimiento que deberá observar el organismo de la Administración Pública que propicie una propuesta de asociación y determina la Autoridad de aplicación.

das desde el Estado o que la continuidad de la ejecución fuere imposible física, económica o jurídicamente;

v.- responsabilidad fiscal de ambas partes, especialmente respecto del principio de igualdad ante las cargas públicas y de razonabilidad, por parte del Estado, y de un cumplimiento estricto por parte de sector privado;

vi.- transparencia y participación en los procesos y en las decisiones, facilitando e incentivando la cooperación y asistencia de terceros para trabajos especializados o para tareas demasiado amplias.

Ahora bien, la pregunta que, seguramente, provoca mayor inquietud e incertidumbre, pretende una explicación sobre los motivos que impulsan este novedoso modelo asociativo, dejando de lado las alternativas tradicionales, integradas genéricamente por la polémica privatización o la infortunada estatización y, dentro de ellas, las técnicas concesionales, la licencia y la empresa pública.

Al respecto, el modelo asociativo encuentra sustento e impulso, fundamentalmente, porque los servicios públicos esenciales participan de una dicotomía muy especial, y en tal sentido, si bien por una parte se dirigen a satisfacer las necesidades más elementales de la población, lo cual recomienda actuar con criterios políticos y sociales, por otra parte poseen una marcada naturaleza económica, lo cual obliga a respetar estrictamente los principios elementales de las administraciones empresariales.

En el marco de tal contradicción, sin dudas es el Estado la única persona que otorga prioridad en sus acciones al interés público. Es el Estado la persona indicada para confiarle, en cualquier proceso de cambios y renovación, la atención prioritaria del bien común por sobre los bienes individuales, la protección del usuario, la atención de la pobreza y la expansión de las prestaciones hacia zonas de baja o nula rentabilidad.

Pero ese Estado también tiene profundas carencias, algunas derivadas de su propia naturaleza, y otras particularmente acentuadas

en las administraciones públicas de países que transitan el camino hacia el desarrollo. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

i.- el Estado carece de la capacidad económica y del acceso al financiamiento para completar eventuales carencias estructurales;

ii.- escasea también en él una independencia óptima como para despojarse de criterios políticos y avanzar en decisiones de naturaleza predominantemente técnicas y;

iii.- se encuentra expuesto a influencias de los distintos sectores de interés, lo cual atenta contra su imparcialidad.

Por su parte, centrandó el análisis sobre el sector privado, se advierte que éste tampoco podría solucionar todos los problemas por su propio esfuerzo o iniciativa. En efecto, y si bien este sector muestra mayor eficiencia en la prestación de los servicios y asegura una mayor accesibilidad a fuentes de financiamiento, lo que permitiría concretar las inversiones y la innovación tecnológica pendiente, también es cierto que este sector carece de autoridad para hacer respetar el orden jurídico vigente y de estructuras institucionales que le permitan llegar a todos los sectores con información y propuestas.

Desde otro punto de vista, es dable destacar que si bien los servicios públicos esenciales, especialmente aquellos de características monopólicas, son las actividades que mayor atención necesitan por parte del Estado, teniendo en cuenta su íntima relación con la seguridad, la salud pública y el desarrollo económico - social, son también tales actividades las que presentan la infraestructura más costosa, las técnicas de operación más complejas y especializadas y las instalaciones más sensibles a técnicas de detalle, características del terreno y el desarrollo urbanístico

Por ello es imprescindible construir un sistema de asociación entre el sector público y el sector privado que fomente y fortalezca una cultura de cuidado y pago del servicio en la población, asegurando, al mismo tiempo, el acceso al servicio de sectores carenciados y que genere las condiciones para realizar las inversiones necesarias, sin dejar de prever, al mismo tiempo, la metodología para la aten-

ción de localidades “dispersas” o “aisladas”, es decir, los núcleos poblacionales alejados de los grandes centros urbanos.

Como toda “asociación”, la del sector público y privado comparte idénticos objetivos, sin embargo, en lo que hace a los aspectos netamente económicos, razones elementales aconsejan no sujetar el proceso de construcción de la asociación a criterios u objetivos financieros o fiscales. Por el contrario, la prioridad debe ser atribuida y asegurada respecto de la atención primaria de la salud, la seguridad pública, el progreso económico y el desarrollo humano sustentable.

Esta óptica permite revolver con racionalidad y criterio los inconvenientes comunes que enfrenta toda concesión a largo plazo, así como también los impactos, sobre la misma, de eventuales crisis económicas y políticas. En el marco de parámetros predefinidos se llevan adelante periódicas adaptaciones y procesos de renegociación, siempre bajo pautas legales y contractuales.

En definitiva, y resumiendo lo expresado hasta aquí respecto del tema bajo tratamiento, es posible esbozar los siguientes puntos fundamentales:

i.- La calificación de los sistemas de prestación de los servicios públicos como “asociación público - privada” crea un compromiso en las partes de no desatender nunca aquellas personas que no tienen acceso al servicio, así como también a aquellos usuarios que teniendo acceso no están en condiciones de abonar las tarifas preestablecidas.

ii.- También bajo el criterio de asociación público - privada se planifican y ejecutan planes de inversiones compartidos, donde el Estado asume la obligación de ejecutar algunas de las obras allí incluidas, en procura de alcanzar rápidamente la universalidad y continuidad de las prestaciones y el mayor cuidado en la calidad del recurso objeto del servicio, sea la electricidad, el gas natural, el agua para consumo humano, las vías de comunicación, etc²⁴.

²⁴ A los efectos de dar operatividad al sistema de asociación público privada en la Argentina se dictó la Resolución Conjunta del Ministerio de Economía y

iii.- El primer objetivo del Estado como socio es crear y mantener un marco de consenso político, aceptación social, seguridad jurídica, planificación sobre las inversiones, regulación urbanística y orden tributario, para lo cual, como se expresara más arriba, se dictan los denominados “marcos regulatorios”, cuerpos normativos donde se contempla con el mayor detalle posible los derechos y obligaciones de los prestadores, la protección del usuario, la expansión del servicio hacia zonas no abastecidas, la protección del medio ambiente y la calidad de las fuentes.

iv.- En el marco de la relación contractual se conforman cláusulas legales y reglamentarias armónicas y coherentes, se consensúan cláusulas contractuales abiertas y flexibles, para enfrentar con soluciones concretas eventuales cambios, y se prevé un organismo que concentre la mayor parte de las competencias sobre el servicio y las ejerza en condiciones mínimas de independencia y especialización. Este organismo se ocupa de ejercer la “función de regulación”.

v.- Un aspecto especialmente importante y trascendente es la definición previa y fundada respecto del grado de participación del sector privado en ésta asociación. Al efecto deben estudiarse conjuntamente, entre sector público y privado, las distintas alternativas de participación de cada uno de ellos, pues sólo así es posible construir un sistema resistente a factores externos, conocido y aceptado por todas las partes.

vi.- La sugerencia fundamental indica no esclavizarse bajo ideas fundamentalistas que sólo aceptan la privatización como forma de prestación de los servicios públicos con exclusión absoluta del Estado o la estatización absoluta e incontrolada que niega intervención a cualquier persona privada.

Producción y del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (Resolución Conjunta 527/2005-MEP y N° 1232/2005-MPFIPS), por la cual se constituye la Comisión de Evaluación y Desarrollo de Asociaciones Público-Privadas, la que tiene a su cargo la recepción y evaluación de los proyectos de Asociación Público-Privadas presentados por los organismos de la Administración Pública conforme el Régimen aprobado por el Decreto N° 967.

vii.- Con las bases señaladas, cada Estado o región puede construir su propio sistema, encomendando determinadas tareas al prestador privado y asumiendo el Estado deberes y atribuciones en la concreción de la infraestructura básica, en la ayuda pública al indigente y en la concreción de las acciones necesarias para que localidades alejadas o dispersas también puedan acceder a los sistemas de prestación.

viii.- El Estado coadyuva al progreso del servicio asumiendo determinadas obras y asistiendo a aquellos sectores que por razones económicas o geográficas no pueden acceder al servicio por su propio esfuerzo.

ix.- El gran secreto de una asociación público - privada exitosa consiste en construir un sistema transparente, abierto y flexible. Un modelo capaz de renovarse periódicamente bajo premisas de eficiencia y calidad, pero con procedimientos participativos y ágiles.

Es imprescindible insertar la prestación de los “servicios esenciales” en un sistema preparado para adecuarse a las cambiantes circunstancias económicas, políticas y sociales, pero siempre bajo criterios preestablecidos que aseguren razonabilidad y la vigencia de la legalidad.

Los momentos históricos, las condiciones macro y microeconómicas, las verdaderas posibilidades de intervención que se denoten en cada caso, irán determinando las conductas del Estado.

8. EL OBJETIVO FINAL: CONSTRUIR LA INSTITUCIONALIDAD REGULATORIA

La teoría sobre la regulación económica del servicio público y el rol de los entes reguladores que se propone en este estudio, asienta sus bases fundacionales en la idea de planificar y construir un “sistema”, tarea que comienza con el dictado de “marcos regulatorios”, verdaderos “escudos protectores” contra las decisiones arbitrarias y ajenas a las necesidades de los servicios mismos.

En este primer aspecto, corresponde reiterar que la noción de “marco regulatorio” propuesta, abarca no sólo las normas legales o “emanadas del Congreso de la Nación”, sino toda norma jurídica que de manera directa o indirecta provoque el nacimiento de derechos y obligaciones respecto de los mismos “reguladores”, los prestarios, los usuarios y toda persona, física o jurídica, pública o privada, estatal o no, que emprenda relaciones jurídicas en el marco del servicio bajo regulación, o que, sin voluntad de hacerlo, se vea afectado por el mismo.

Con esta definición se incluye bajo el concepto de “marco regulatorio” a las normas reglamentarias²⁵ y el contrato mismo, así como se abarca también, desde el punto de vista subjetivo, a toda persona que se relacione con el prestador, y no sólo al regulador y a los usuarios.

Es importante tener en cuenta, para una mejor comprensión de la postura expuesta, luego desarrollada a lo largo del trabajo, que debido a la naturaleza económica de las actividades, el largo plazo de las prestaciones y las permanentes innovaciones tecnológicas, es prácticamente imposible “atender” eficientemente la totalidad de los aspectos necesarios en las leyes o en sus normas reglamentarias, e incluso tampoco es posible hacerlo por completo en el contrato a suscribir con el prestador.

Mediante el ejercicio de la “función de regulación”, en un marco de absoluto consenso, el regulador y el prestador tienen la oportunidad de, paulatina y prudentemente, ir “cerrando” con eficacia las normas y cláusulas “abiertas”, prestando atención, para ello, a las características de cada caso concreto. En definitiva, al menos durante los primeros años del contrato para la prestación de servicios esenciales, se genera, inevitablemente, una instancia de “negociación” casi permanente entre el sujeto regulador y el regulado, especialmente cuando se trata de actividades en vía de desarrollo, tanto

²⁵ Incluyendo los pliegos de bases y condiciones elaborados para seleccionar al prestador y las normas que se encuentren autorizados a dictar los entes reguladores, en el marco de sus competencias.

en lo atinente a la infraestructura como a la calidad de sus productos y la tecnología existente.

Pues bien, en el marco de tal actividad de “negociación”, es conveniente trabajar sobre normas abiertas y contratos con cláusulas flexibles y adaptables a las circunstancias. Es decir que, mientras los poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado manifiestan su voluntad con el dictado de los marcos regulatorios, sus normas reglamentarias y mediante la suscripción de los respectivos contratos de concesión, luego, el ejercicio de la “función de regulación” llevará a la práctica tales normas y les dará operatividad en cada caso concreto.

La regulación, entonces, aparece como un complemento de las funciones reglamentarias del Estado, atendiendo aquellos aspectos imposibles de preverse en una ley o decreto e incluso en un contrato.

Ahora bien, para que tal función pueda desenvolverse con éxito en la práctica, las instituciones de regulación deben reunir inevitablemente niveles importantes de especialización e independencia, ocupándose especialmente de diagramar estrategias en base a criterios objetivos y a una correcta planificación previa. Al respecto, el estudio expone con detenimiento las opiniones y críticas que la doctrina especializada realizó respecto de los entes reguladores, y, con el debido respeto por dichos aportes, advierte que en algunos casos no se ha llegado a entender aspectos elementales de la “institucionalidad regulatoria”.

En efecto, un aspecto fundamental a tener en cuenta es que los entes reguladores no son “defensores de usuarios” sino de la eficiencia y calidad del servicio y que tampoco son meros controladores de la legalidad sino, como su nombre lo indica, son “reguladores”. En este último sentido, han sido “atribuidos” por las normas de su creación, con buen criterio por cierto, para prever todo lo necesario en procura de la “buena marcha” de las actividades bajo sus competencias, en condiciones de seguridad y sustentabilidad ambiental, y, como si eso fuese poco, al menor costo para el usuario.

Asimismo, en el sistema esbozado, no son suficientes las “normas generales”, siendo imprescindible agregar paulatinamente, de

manera ágil e ininterrumpida, reglas menores, directivas e incentivos, orientando las decisiones de los actores de determinada actividad o mercado cuyas actividades han sido calificadas como “servicios públicos”, hacia la plena satisfacción del interés público. Esto último se realiza mediante el ejercicio de la “función de regulación” a cargo de instituciones especializadas, independientes e imparciales.

En definitiva, por todo lo dicho, en el texto se afirma, y se demuestra fundadamente que la “función de regulación” respecto de las actividades sujetas a un régimen especial de servicio público, es “la parte de la actividad regulatoria del Estado, en virtud de la cual se establecen reglas obligatorias mediante el dictado de actos administrativos, cuyo fin es orientar las conductas y las decisiones de personas que se encuentran en una situación jurídica especial, por la incidencia que sus decisiones y conductas tienen sobre el interés público, siendo las características de tal actividad la subsidiariedad y transitoriedad, aunque el tiempo de su vigencia es ilimitado”.

La postura expuesta no debe extrañar, pues, desde el punto de la economía, regular significa producir una interferencia externa sobre el comportamiento de otra persona a los efectos de incentivar o fomentar en ella ciertas conductas y actitudes. Por ello, y aún cuando algunos autores suelen equiparar el concepto de “regulación” con el de “reglamentación”, en realidad las acciones que desarrolla la institución a cargo de la regulación de un servicio público esencial van mucho más allá del dictado de reglas de conducta.

El regulador de un servicio esencial, actividad calificada legalmente como “servicio público”, cumple una función amplia y abarcadora, que incluye además del dictado de reglas de conducta obligatorias, la realización de actos de contralor sobre el servicio, la sanción de fallas detectadas, la resolución de conflictos y controversias entre distintos actores del mercado regulado, la revisión periódica, y posterior aprobación, de los valores tarifarios máximos que se aplicarán como retribución de los servicios prestados y la realización de auditorías contables, jurídicas y societarias.

Por éste motivo, es conveniente distinguir “tipos” o “modos” de regulación, en referencia especialmente a las instancias en las cuales debe intervenir la institución reguladora. En tal sentido, es posible esbozar la siguiente sistematización:

a.- Regulación preventiva. En primer lugar, se advierte la existencia de una regulación de carácter preventiva que procura actuar proactivamente sobre conductas y actitudes futuras del sujeto regulado. La misma se propone orientar o encaminar las decisiones empresarias en determinado sentido.

b.- Regulación correctiva. En segundo término, es posible también identificar un tipo de regulación correctiva que funciona esencialmente frente a la “falla” del sujeto regulado y que generalmente se manifiesta en una orden regulatoria que dispone obligaciones de hacer o dejar de hacer y que en la mayoría de los casos es complementada con una sanción o con un procedimiento que legitima su aplicación.

c.- Regulación revisora. Finalmente, en tercer término existe un tipo de regulación revisora, cuyo objetivo es cambiar determinadas conductas en el sujeto regulado, que hasta el momento no habían sido consideradas inconvenientes o perjudiciales para el servicio.

En base a lo expresado hasta aquí, y teniendo en cuenta la investigación desarrollada en el curso del trabajo, es posible esbozar la siguiente síntesis respecto de la función de regulación:

i.- La función de regulación, entonces, se desarrolla a través de “señales”, de naturaleza reglamentaria, jurisdiccional, sancionatoria o meramente fiscalizadora, las cuales, indistintamente, pueden referirse a aspectos económicos, jurídicos o técnicos.

ii.- En los países en vías de desarrollo, donde existen carencias estructurales graves, desórdenes normativos, tributarios y urbanísticos y donde concurren altos índices de pobreza e indigencia, la institución reguladora no puede desprenderse de otros roles que involucren la labor de consultoría respecto del Estado, la planificación del

crecimiento y expansión del servicio, la protección del servicio y del sistema y la permanente interpretación del Contrato.

iii.- Desde el punto de vista institucional, es importante la descentralización política, financiera y administrativa para la regulación de los servicios públicos esenciales. La institución regulatoria no es una “corporación de intereses” sino una entidad independiente que resuelve dinámicamente las cuestiones de cada mercado mediante decisiones imparciales basadas en criterios de especialidad. Su principal función es la defensa del sistema contra factores e intereses internos y externos que ponen en riesgo su integridad y funcionalidad.

iv.- Para construir con solidez y perdurabilidad la institucionalidad regulatoria, es importante asegurar cimientos fuertes y duraderos y para ello aparece como fundamental respetar las siguientes características básicas institucionales:

- a.- creación por Ley del Congreso Nacional o Legislatura provincial;
- b.- control judicial amplio de sus decisiones mediante recursos directos;
- c.- designación de sus integrantes en base a criterios técnicos y priorizando la especialización;
- d.- atribución de potestades para el ejercicio de competencias específicas y limitadas a la actividad regulada y al derecho público;
- e.- autonomía funcional y económica.

Cada uno de los puntos aquí brevemente referenciados es desarrollado y fundado con especial dedicación en el trabajo propuesto, especialmente porque el principal objetivo es demostrar que la correcta instrumentación y administración de las instituciones de la regulación, constituye el punto de partida para la verdadera “transformación” de los servicios esenciales, hacia mayores niveles de eficiencia y expansión.

Esto es así, ya para finalizar este estudio preliminar e introductorio al trabajo de tesis, en la medida que, lo que se conoce como

“institucionalidad regulatoria”, cuando responde a los requerimientos y principios enunciados más arriba, asegura el cumplimiento de las siguientes premisas básicas e imprescindibles para el correcto desarrollo de los servicios esenciales:

i.- Seguridad jurídica: por otorgar uniformidad, previsibilidad y estabilidad a las decisiones públicas.

ii.- Fortalecimiento del Estado: por asegurar y resguardar la existencia de organismos públicos estatales – entes reguladores - que conocen con el mismo grado de precisión que el prestador privado las circunstancias que acompañan a los servicios, la situación económica y estructural de los mismos y las necesidades futuras.

iii.- Estabilidad jurídica, técnica y económica: por independizar las estrategias y las planificaciones respecto de los servicios esenciales de las decisiones políticas circunstanciales, las conveniencias esporádicas y las tendencias ideológicas.

PRIMERA PARTE

LOS ENTES REGULADORES
Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

CAPÍTULO I
EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES
FUERA DEL AMBITO DEL PODER JUDICIAL

1. LA AUTORIDAD COMO INSTRUMENTO

a) Algunas reflexiones iniciales sobre el concepto de “autoridad”

Comenzamos el presente estudio cumpliendo con el tratamiento de un tema relativamente “ajeno” al objeto específico sobre el cual nos hemos propuesto trabajar, pero con el absoluto convencimiento de que esbozar y desarrollar, aún brevemente, una noción de “autoridad”, así como también la extensión del ámbito o espacio sobre el cual se aplica y el alcance de las potestades que de ella derivan, es una materia inevitable y que merece ocupar un espacio de “reflexión”, de modo previo a todo trabajo jurídico de derecho público.

Ello así, pues, es de la “autoridad” y de su “ejercicio” de lo que hablamos cuando hacemos referencia a las instituciones del Estado, y, más aún cuando se trata de investigar sobre las potestades de los entes públicos, el dictado de reglas de obligatorio cumplimiento, la aplicación de sanciones y la resolución de controversias.

Estudiaremos a continuación, entonces, a modo de repaso si se quiere, el concepto mismo de “autoridad”, teniendo en cuenta especialmente que dicho concepto es, desde un punto de vista funcional,

la base de actuación del Estado y, con él, de cada uno de sus organismos.

En definitiva, de autoridad hablamos cuando hacemos referencia a la regulación pública, cuando intentamos delimitar el concepto de poder de policía, cuando clasificamos las funciones del Estado y cuando determinamos el alcance de sus potestades. No podríamos llegar a un verdadero entendimiento del objeto de éste estudio si no partimos de un concepto claro y concreto sobre la autoridad y su ejercicio.

En dicho marco, y desde un punto de vista objetivo, nos referimos a la autoridad como una potestad genérica y abarcadora, primaria e impulsora de otras “potestades” menores y que “en cada pueblo ha establecido su Constitución para que le rija y gobierne, ya dictando sus leyes, ya haciéndolas observar, ya administrando justicia”²⁶.

Por el contrario, desde un punto de vista subjetivo, cuando hablamos de autoridad nos referimos a la “persona” revestida de algún poder, mando o magistratura”²⁷. En la práctica, la autoridad se hace operativa cuando a su existencia objetiva se le suma la designación formal, por parte de la misma Constitución, de la “persona” que concretamente se ocupará de ejercerla.

Al respecto, es importante advertir que, esa facultad de dictar normas de obligatorio cumplimiento y de hacerlas observar, que deriva de la “autoridad”, para evitar convertirse en una quimera, necesita infaliblemente de un correlativo: la obediencia. “No hay autoridad sin obediencia – asegura De la Vega - y ésta no existe sin aquélla”²⁸.

El poder es un derecho de la autoridad. Es el instrumento que posee la autoridad para exigir la obediencia. Pero el uso de ese poder

²⁶ Ver al respecto DE LA VEGA, *Diccionario Consultor Político...*, Libro Rojo, página 32.

²⁷ *Ibid.* página 32.

²⁸ *Ibid.* página 32/33.

debe responder a dos condiciones básicas: estar siempre orientado en mayor o menor medida al bien común y ejercerse siempre en condiciones de justicia y equidad. Ello porque la autoridad para ser tal y asegurarse la correlativa obediencia espontánea, necesita conquistar y mantener el crédito y la confianza de quién debe obedecer, de lo contrario se produce una situación de "anormalidad social"²⁹.

No existe sociedad sin autoridad. A pesar de haber sido muchos los esfuerzos por justificar o simplemente imaginar posibles situaciones de anarquía³⁰, siempre que una sociedad perdió su autoridad buscó por todos los medios suplirla inmediatamente. En un Estado, la construcción, configuración y posterior legitimación de la autoridad es fruto de acontecimientos históricos que se gestan durante siglos, pero que finalmente promueven y autorizan a una persona que no sólo es investida de "poder" sino también, y fundamentalmente, de deberes y objetivos. Con ello queremos decir: límites.

FINNIS se pregunta si la necesaria existencia de una autoridad se debe a la incompetencia, la inconstancia, el egoísmo o la deslealtad de los miembros de una comunidad o si - por el contrario - es natural a cada comunidad el tener una autoridad que se ocupe de coordinar las labores del grupo³¹.

En realidad este interrogante ha transitado las reflexiones filosóficas desde muy antiguo. Nos interesa especialmente descubrir y analizar los principios que sustentaron la idea de "autoridad" a partir del proceso de centralización del poder, que comienza durante los siglos XI y XII y permite sustraer al poder feudal su influencia en as-

²⁹ *Ibid.* página 33.

³⁰ Ver al respecto Robert NOZICK, *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991, *passim*, y en la doctrina nacional Alberto BENEGAS LINCH, *Hacia el autogobierno*, Atlántida, Buenos Aires, 1994, especialmente Capítulo IV.

³¹ Cfr. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ver página 42 y ss.

pectos militares, financieros, de administración de justicia y, especialmente, la función de policía³².

En cuanto a la relación Estado - autoridad, es con MAQUIAVELO que se asienta y configura un primer concepto de Estado, entendido como autoridad que ejerce un poderío político³³. También como organismo o persona jurídica donde - y desde donde - se practica la política. "El poder del príncipe - dirá MAQUIAVELO - refunda el Estado cuyo fundamento principal, es decir la soberanía, ya no reside en otro sino en sí; el Estado es, primariamente, sinónimo de poder."³⁴

Desde un punto de vista teleológico, y en función comparativa, podríamos decir que la idea del Bien Común como fin del Estado aparece ya en MAQUIAVELO bajo el concepto de "patria", la cual constituye un "bien superior" al Estado e incluso al orden jurídico, convirtiéndose, como tal, en una noción superadora de los bienes particulares y de los "intereses" particulares. En MAQUIAVELO la "patria" es como un objetivo superior al cual debe orientarse la acción del Estado³⁵.

Radicalmente opuesta es la concepción que expone Fray Francisco de Vitoria, para quién la autoridad es conferida por Dios directamente a la comunidad, mediante cuyas voluntades - la de sus integrantes - llega a los gobernantes. La comunidad delega la autoridad en el gobernante porque le resulta imposible ejercerla por sí misma y la delega con el objetivo de obtener un bien a través de ella. Por ello es absolutamente razonable y acertado afirmar que, cualquier forma

³² Sobre las características del ejercicio del poder en el marco de la evolución histórica del Estado, véase María Cristina CAMPAGNA y Alfredo MASON, *Teoría del Estado*, Biblios, Buenos Aires, 1997, *passim*.

³³ *Ibid.*, página 33.

³⁴ *Ibid.*, página 34/35.

³⁵ *Ibid.*, página 38 y ss. (ampliar con las citas y referencias allí realizadas, especialmente respecto de la obra de Nicolás MAQUIAVELO, *El Príncipe* (1513), Dis III: 41, 406 y I: 12, 124). Sugerimos ver, con seguro provecho, la edición de Jorge García López, Editorial Síntesis, Madrid, 2004.

de gobierno es legítima en la medida, y solamente, si ordena sus acciones hacia la obtención del bien común³⁶.

Similar postura asumirá Francisco Suárez, en cuya doctrina "la legitimidad y la justa razón del poder del Estado consiste en su misión de velar por el bien común... pues la justificación del poder del Estado, el derecho de la autoridad, se basa en una relación óptica. Todo poder se justifica en la medida en que con su voluntad y con su fin esencial sirve a la comunidad en la que desarrolla su actividad"³⁷.

Además, Suárez aporta un elemento sumamente importante: el ejercicio de la autoridad por un gobernante delegado es subsidiario y sólo se justifica en caso de no poder éste ser ejercido por la comunidad. "Al ser la comunidad la depositaria natural del poder político, será también natural que aquella lo ejerza y lo haga con preferencia a cualquier otra autoridad que por ella pueda luego ser constituida. De esta manera, reservándose para sí el poder, la comunidad se gobierna a sí misma, sin representantes ni interpósitas personas, es decir, se gobierna en forma democrática"³⁸.

Para Suárez la delegación de la autoridad es prácticamente un "mal necesario" y, lo más trascendente de su postura, es descubrir cómo el mismo nacimiento de la autoridad constituye una "nacer para..." o "nacer por...", y no posee una justificación sino en virtud de sus fines. Si se orienta a ellos durante su ejercicio, es legítima, si no lo hace, constituye un "abuso de poder".

La doctrina eclesiástica también es abundante y precisa respecto del concepto de autoridad. Se la concibe, en resumen, como una cualidad obtenida para dar leyes y órdenes y esperar la correspon-

³⁶ La obra del autor citado en el texto se denomina *Relecciones teológicas*, Madrid, BAC y es analizada detenidamente en CAMPAGNA y MASON, *Teoría del Estado...*, página 56 y ss.

³⁷ Vid. Heinrich ROMMEN, *La teoría del Estado y de la comunidad internacional* en Francisco Suárez, Madrid - Buenos Aires, 1951, passim.

³⁸ Vid. CAMPAGNA y MASON, *Teoría del Estado...*, página 59.

diente obediencia³⁹ y, más importante aún, la prosecución del bien común no sólo aparece como un elemento “justificativo” de un acto de autoridad determinado sino como el “legitimador” de la autoridad misma y del régimen político al cual pertenece.

En la doctrina del Concilio Vaticano II y de *Pacem in terris* la existencia y diversidad de los regímenes políticos será admisible en la medida que promueva el bien legítimo de la comunidad que los adopta. La autoridad no saca de sí misma su legitimidad moral, sino sólo cuando busca el bien común y cuando para alcanzarlo emplea medios moralmente legítimos⁴⁰.

John FINNIS también avanza en el estudio del concepto de autoridad. Para este autor la autoridad es un "bien", porque se la necesita para la concreción del bien común, pero "la razonabilidad natural exige que la portadora de la autoridad gubernamental sea la multitud, la misma comunidad completa" (no un determinado hombre o clase). Luego, advirtiendo la imposibilidad o inconveniencia de su ejercicio desde la comunidad misma, esta decide libremente transmitir la autoridad para su ejercicio⁴¹.

Por ello, y sin perjuicio del poseedor natural de la “autoridad”, FINNIS califica el ejercicio del poder por parte de una persona, o grupo de personas determinado, como una "necesidad", es decir, la necesidad de "sustituir" a la unanimidad en la determinación de la solución de problemas prácticos de coordinación que implican o conciernen a todos en la comunidad⁴². Asimismo, la sustitución de la unanimidad será legítima y justificada en la medida que siempre se persiga, con ello, efectivamente el bien común.

³⁹ Vid. *Catecismo de la Iglesia Católica* (Juan Pablo II, 1992).

⁴⁰ Ver y ampliar, con seguro provecho de la lectura reflexiva, en *Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II* “*Gaudium et spes*” (1965), *passim* y especialmente 74, 3. y en la *Carta Encíclica Pacem in terris* (Juan XXIII, 1963), 51.

⁴¹ Cfr. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, página 57.

⁴² *Ibid.*, página 57/58.

Todo esto lleva a FINNIS a enunciar el siguiente criterio práctico: "las decisiones de un hombre tienen autoridad cuando un sujeto prácticamente razonable, con el bien común en vista, pensaría que él debe consentir en ellas"⁴³.

A modo de síntesis parcial, y tomando como base al análisis doctrinario realizado, podemos extraer las siguientes conclusiones:

i. sólo el respeto por el sistema preestablecido y consentido, para llevar a la práctica la "transmisión" o "traspaso" del ejercicio de la autoridad, dará origen a un ejercicio legitimado de la misma. Primer principio: cuando un miembro no legitimado decide por sí mismo no hay ejercicio de la autoridad;

ii. la transmisión del ejercicio de la autoridad – de la comunidad a determinados miembros – se justifica en la necesidad, inevitable, de permitir la unanimidad en la adopción de las decisiones que conducen al bien común⁴⁴;

iii. el ejercicio de la autoridad sólo será legítimo en la medida que cada vez que se lleva a la práctica responda acabadamente a su fin. Segundo principio: cuando un miembro legitimado decide autoritativamente pero en sentido contrario al bien común, tampoco hay ejercicio de la autoridad y;

iv. la autoridad debe ejercerse, para ser legítima, con absoluto respeto hacia principios universales, como ser los de legalidad, equidad, razonabilidad y proporcionalidad.

⁴³ *Ibid.*, página 59.

⁴⁴ Imposible de conseguir de otro modo, puesto que cada miembro de la comunidad intentaría decidir a favor de sus intereses particulares o sectoriales y la unanimidad nunca se alcanzaría.

b) La división de funciones y la naturaleza única del Estado

La denominada doctrina de la división de poderes⁴⁵ debe estudiarse necesariamente en el marco del concepto de autoridad al cual intentamos acercarnos en el punto anterior, pues dicha doctrina nace, se desarrolla y adquiere verdadera importancia y trascendencia cuando se la entiende como un instrumento que permite asegurar un nivel mínimo y estable de confianza en las instituciones del Estado, como persona jurídica a cargo del “poder”.

Al respecto, lo verdaderamente importante no es la división o distribución de tareas y funciones sino la existencia de órganos bien diferenciados que ejercen una porción del “poder” a través del ejercicio independiente de la “autoridad”, controlándose y limitándose mutuamente. Así, se expresó que “La teoría (de la división de funciones) encuentra su justificación y utilidad en el temor a la tiranía o al despotismo”⁴⁶.

En efecto, el temor frente al “riesgo” de abusos del poder que ostenta el Estado y su consecuencia inmediata, que es el sometimiento del individuo a los intereses de los gobernantes de turno, impulsa la idea de diferenciar dentro ese Estado distintos órganos, con un importante grado de independencia entre sí, que si bien comparten idénticos fines y objetivos utilizan para ello instrumentos distintos y tienen asignadas funciones específicas.

La confianza en las instituciones estatales requiere el pleno cumplimiento de tres pautas elementales:

⁴⁵ Es muy importante, para una verdadera comprensión de las motivaciones jurídicas, filosóficas e históricas de esta doctrina, la lectura detenida y reflexiva de su principal gestor Carlos Luís de Secondat, barón de la Brède y de MONTESQUIEU, en su clásico *Del espíritu de las leyes o de la relación que las leyes deben con la Constitución de cada gobierno, las costumbres, el clima, la religión y el comercio* (las citas corresponden al Libro Primero, Capítulos I y III “De las leyes, en sus relaciones con los diversos seres” y “De las leyes positivas”, respectivamente). Obra aparecida en noviembre de 1748 y reeditada por Editorial Porrúa. México, 1995.

⁴⁶ Ver al respecto Bartolomé A. FIORINI, “Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 101, p. 1027.

i.- dictado de una Carta Fundamental, a modo de “constitución inicial” o “fundación” de la persona jurídica “estado”. Esta Carta significa el nacimiento del mismo, su estructuración, la legítima fijación de sus fines y de los alcances de sus competencias y el establecimiento de principios y reglas que debe respetar en el cumplimiento de aquellos fines;

ii.- creación de un órgano colegiado y representativo indistintamente de la voluntad de los individuos al que se le atribuye la función de establecer las reglas para la convivencia social y la relación del Estado con los individuos y;

iii.- asegurar un ámbito de imparcialidad e independencia para el control de los actos del Estado, especialmente de la concordancia entre dichos actos y los fines encomendados.

En éste sentido, el ejercicio de las funciones específicamente encomendadas al denominado “Poder Legislativo”, es decir el dictado de “leyes”, procura esencialmente concretar, a través de normas generales y abstractas de obligatorio cumplimiento, la voluntad de la mayoría de sus representados, a los efectos de alcanzar consenso en su cumplimiento y asegurar un orden mínimo. *La ley es un mero instrumento para el cumplimiento de éste objetivo.*

Del mismo modo, advertimos que la función del denominado “Poder Judicial”, al resolver las controversias de las que participan las instituciones estatales y al ejercer control sobre los demás órganos del “poder”, es proveer a la conciencia general un ámbito de control independiente de los actos del Estado, generando o justificando un grado de confianza óptimo en las instituciones y acciones del Estado, legitimando su existencia y aparejando con ello la plena obediencia respecto de sus ordenamientos. *El dictado de la “sentencia” es un mero instrumento para el cumplimiento de éste objetivo.*

En otras palabras, las notas distintivas de la actuación de los “poderes” mencionados son, respectivamente, la representación de la voluntad mayoritaria en las normas de convivencia obligatorias y la legitimación de las instituciones públicas a través de un ámbito independiente para su control. Decimos “notas distintivas” porque son

esas características las que le dan sentido a su existencia y los hacen especiales y útiles.

No es dictar normas lo que legitima, distingue y destaca la labor del denominado Poder Legislativo, sino el hecho de que tal actividad se realiza en un ámbito de debate y con personas que representan la voluntad del “propietario” del poder, es decir, la comunidad. Asimismo, tampoco es la resolución de controversias con fuerza de verdad legal lo que justifica, habilita y resalta la actuación del denominado Poder Judicial, sino el hecho de que tal actividad traduce el ejercicio de un control especializado e independiente respecto de los actos de las instituciones públicas.

En otros términos, cabe concluir que si bien cualquier órgano del Estado, de mayor o menor jerarquía, centralizado o descentralizado, autónomo o autárquico, perteneciente al órgano legislativo, judicial o ejecutivo, puede dictar reglas de conducta obligatorias y resolver controversias - en el ámbito de sus competencias -, sólo los órganos creados y preparados especialmente en resguardo de ciertos requisitos institucionales básicos, pueden dictar normas en representación de todos y controlar los actos del Estado con independencia, generando con ello la “confianza” en la institución estatal y la legitimación de sus actos.

Por ese mismo motivo, la supuesta división del “poder” no deja de ser una mera distinción funcional, que, lejos de afectar la unidad natural de la persona estatal y de sus actos, aparece como un “medio instrumental”, herramienta fundamental, para posibilitar justamente el normal y continuo ejercicio de ese “poder” por parte del Estado. Todo ello en un marco de absoluta legitimidad y en condiciones de transparencia.

Lo expresado en el párrafo anterior, conforma o configura un marco generalizado de confianza en las instituciones estatales por parte de los ciudadanos. La división de las funciones estatales asegura también la obediencia respecto de los actos de autoridad que pudieren dictarse, posibilitando entonces legitimar a la autoridad e im-

pulsando, con ello, un orden básico a partir de su legítima y reconocida existencia.

Lejos de pretender dividir al poder mismo o desmembrar al Estado, cuya unidad natural impediría cualquier intento de fragmentación de sus estructuras, la división de funciones procura simplemente distinguir las formas procedimentales y procesales que el Estado utiliza para el ejercicio de las distintas funciones que le han sido encomendadas por la Constitución respectiva⁴⁷.

De manera que, una correcta interpretación diría que, ni el Estado ni el ejercicio del poder que éste ostenta pierden su unidad natural con la división de funciones sino que, conservando esa esencial única, según sea la función que cada institución estatal se encontrare ejerciendo, las formas que deben respetarse para dotar de legitimidad a sus actos, varían.

La doctrina de la división de funciones no impulsa un desmembramiento estructural, ni del Estado como persona jurídica ni del ejercicio del poder, sino tan solo establece requisitos y formas diferentes según sea la porción del derecho que la autoridad se encontrare ejerciendo. Como bien explica FIORINI "... el poder podrá estar en órganos ubicados en distintos campos de la actividad estatal, pero las funciones jurídicas que representan siempre se realizan en forma diferenciada... las funciones jurídicas del estado de derecho se manifiestan en tres formas distintas: legislación, administración y jurisdicción. Estas tres funciones no cambian pese a los distintos fines y contenidos de las normas que crearen..."⁴⁸.

En conclusión - o sintetizando - decimos que a partir de su fin, único e indivisible, el Estado es una persona de naturaleza inseparable que concentra todas las funciones que hacen al mejor cumplimiento de sus objetivos, sin perjuicio de las construcciones doctrinarias que procuran establecer determinadas condiciones para legitimar su existencia y distinguir funciones específicas, pero que en

⁴⁷ *Ibid.*, página 1029.

⁴⁸ *Ibid.*, página 1027.

el fondo no hacen más que ratificar su unidad inquebrantable, y fortalecerla.

c) La división de funciones y la naturaleza única del acto estatal

En ejercicio del “derecho” que se le ha otorgado al Estado, éste reglamenta las conductas de los ciudadanos a los efectos de establecer y mantener un orden que permita la pacífica convivencia y con ello la concreción del bien común. La reglamentación y delimitación de las conductas es el medio instrumental que utiliza el Estado para cumplir su objetivo final, es decir, la concreción del bien común.

El “bien común”, como un estado de situación permanente e indestructible, se alcanza, básicamente, anteponiendo siempre el interés público a los intereses privados, y la reglamentación de conductas es el único modo posible para, preventivamente o luego de producido el conflicto, asegurar que siempre el interés público se respete.

Ahora bien, el modo en que el Estado regula conductas es mediante el dictado de “reglas de conducta”, las cuales pueden surgir indistintamente de la actividad legislativa, administrativa o jurisdiccional. Así es como la ley, el decreto, el acto administrativo, el contrato administrativo y las sentencias judiciales son en definitiva “normas jurídicas” que establecen e imponen determinadas formas y limitaciones a las conductas humanas⁴⁹.

Pero en idéntico rumbo, también podríamos decir que el dictado de una ley, decreto o acto administrativo, la suscripción de un contrato y la sentencia judicial implican de una manera u otra la re-

⁴⁹ *Ibid.* Incluso, advertimos que las normas de conducta derivadas de las leyes, decretos, actos y contratos administrativos y sentencias judiciales, son también obligatorias para el mismo órgano estatal que las emite, en la medida que la situación de hecho en cada caso concreto sea la misma. Así, un legislador, un funcionario político o administrativo y un magistrado no puede actuar o decidir en contradicción con leyes, decretos, actos o sentencias anteriores, salvo motivos fundados que justifiquen debidamente tal apartamiento.

solución de controversias o la composición de intereses directa o indirectamente contrapuestos. Es decir que, la actuación del Estado siempre implica el dictado de una norma y toda norma procura resolver un conflicto de intereses actual o potencial.

Finalmente, también corresponde anotar que en todos los casos en que el Estado dicta una ley, decreto o acto administrativo, así como cuando suscribe contratos y dicta sentencias judiciales de un modo u otro está ejecutando o haciendo ejecutar normas ya vigentes, pues incluso el mismo procedimiento o proceso que debe cumplir para legitimar el dictado de una norma, de una sentencia o la suscripción de un contrato se realiza en cumplimiento y ejecución de normas vigentes. De manera entonces que todos los órganos del Estado, cualquiera sea la función que se hallaren desempeñando, en el ejercicio de la misma pueden y deben dictar normas, resolver controversias y realizar tareas de administración, control y ejecución de normas vigentes.

El “acto estatal”, como manifestación de voluntad de un órgano del Estado, tiene naturaleza única y si bien existen distintas especies particulares de actos estatales, las mismas responden exclusivamente a las formas y procedimientos que deben respetarse para su dictado, lo cual depende en parte del ámbito del poder desde el cual emana el acto.

Así es como llegamos a identificar y diferenciar, según sean las formas establecidas constitucionalmente para su dictado, el acto estatal para la creación de las leyes, para la resolución de conflictos y para el control del cumplimiento del orden jurídico y su ejecución.

Sin embargo, y sin perjuicio de las distintas “especies” que es válido reconocer respecto del “género” acto estatal, advertimos también que tales especies derivan de reconocer la predominancia en determinado acto de ciertas motivaciones y fines. Así es como los actos estatales emanados del órgano legislativo tienen como fin último y esencial el dictado de una norma, los actos emanados del órgano judicial procuran esencialmente resolver un conflicto planteado y los

del órgano ejecutivo procuran llevar a la práctica normas vigentes y controlar su cumplimiento.

Dicho de otro modo, cada órgano creado por la Constitución del Estado nace para cumplir a su tiempo una función específica, en el ejercicio de la cual dicta predominantemente determinada especie de actos estatales, pero ello de ninguna manera debe llevar a la conclusión de que sólo puede cumplir sus funciones dictando esa especie de acto, pues tal desenlace llevaría a acotar peligrosamente la plena satisfacción del interés público que se le ha encomendado al Estado en su integridad y obviamente a cada uno de sus órganos en particular.

Sería ilógico, y contrario al interés público, aceptar que el órgano ejecutivo no puede emitir actos en cumplimiento de sus fines, cuando tales actos signifiquen dirimir una controversia o que el órgano legislativo no puede emitir actos que procuran poner en ejecución normas vigentes o que el órgano judicial debe abstenerse de dictar normas aún cuando ello fuere necesario para llevar adelante con mayor eficiencia y cumplir más acabadamente los fines que se le han encomendado.

Ningún intento de limitar o acotar la actividad que el Estado desarrolla en procura del bien común, en función de la naturaleza del órgano actuante, soportaría el menor análisis racional, pues ello quebrantaría la naturaleza única del acto estatal.

De alguna manera, la naturaleza única del Estado y del acto estatal, que intentamos explicar hasta aquí, sirve de fundamento al “criterio material” que se ha esbozado en doctrina⁵⁰ como instrumento justificativo y legitimador del ejercicio indistinto de funciones legislativas, jurisdiccionales y administrativas por parte de los tres poderes del Estado, criterio que habilita realizar clasificaciones no substanciales pero necesarias para la operatividad del sistema.

⁵⁰ Cfr. Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 2 tomos, 8ª Edición actualizada, Editorial Lexis Nexis - Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2006, tomo II, página 90.

- d) La naturaleza única del acto estatal no impide realizar clasificaciones funcionales

Sin que implique en modo alguno desconocer o deformar la naturaleza única del acto estatal, la predominancia de determinados elementos en cada acto del Estado autoriza ciertas distinciones o clasificaciones no substanciales, que, lejos de afectar negativamente la unicidad natural del Estado y de sus manifestaciones, permiten establecer parámetros que coadyuvan al correcto juzgamiento de la legalidad y razonabilidad de cada acto del Estado. Y ello, no solo respecto de las formas y procedimientos para su dictado y ejecución⁵¹ sino esencialmente respecto de la competencia constitucional que el órgano emisor tiene atribuida para dictar ese tipo de actos.

Así es como, si bien todos los órganos del Estado al emitir actos estatales estarán directa o indirectamente resolviendo “controversias”, resulta importante distinguir entre el acto estatal cuyo contenido resuelve o intenta resolver una controversia planteada entre particulares o entre personas públicas y privadas emanado de un órgano administrativo, del acto que se manifiesta en un fallo o sentencia judicial y es emitido por un órgano del Poder Judicial en ejercicio de las funciones atribuidas por la Constitución Nacional⁵².

En primer lugar, impulsamos su distinción porque si la sola existencia de una controversia o contraposición de intereses fuese motivo para calificar determinado acto de un órgano administrativo como “jurisdiccional” correríamos el riesgo de incluir en dicha categoría la totalidad de los actos emanados de los órganos administrativos, pues tal como expresáramos más arriba, siempre, sea entre distintos intereses de naturaleza privada o entre intereses privados y el interés público, el dictado de un acto administrativo implica dirimir o resolver total o parcialmente una contraposición de intereses.

⁵¹ Vid. FIORINI, “Inexistencia del acto administrativo...”, página 1027.

⁵² Es decir, la resolución de controversias con fuerza de verdad legal.

En segundo lugar, porque, como bien señala CASSAGNE⁵³, en ningún caso podría aceptarse la existencia de órganos administrativos con funciones jurisdiccionales específicas sin una revisión judicial posterior plena y con amplitud de debate y prueba, lo cual, sin perjuicio de los demás requisitos que pudieran exigirse para legitimar la actuación de los supuestos “tribunales administrativos”⁵⁴, reduce los alcances del debate sobre la existencia y legitimidad de tales organismos a meros aspectos de forma, sin afectar ya principios constitucionales.

En otras palabras, y como bien lo interpreta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ningún caso y bajo ningún concepto la intervención de un organismo administrativo puede suplir la labor encomendada en la Constitución del Estado al Poder Judicial. No obstante ello, y en idéntico sentido, en virtud de la exigencia establecida en la Ley 19.549 por la cual es necesario y obligatorio el agotamiento de una instancia administrativa previa como condición para la habilitación de la instancia judicial, nada obsta a que determinadas controversias entre particulares que se producen en el marco de una actividad encomendada al Estado y regida por normas del derecho público, sea objeto de decisión previa por parte de un órgano administrativo especializado⁵⁵.

⁵³ Ver al respecto CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo II, página 86.

⁵⁴ Requisitos que, a criterio del mismo autor citado en el texto, serían los siguientes: que la atribución de “funciones jurisdiccionales” a órganos administrativos provenga de ley formal, que exista una razonable y suficiente justificación para explicar la conveniencia de tal atribución, que el sistema prevea los mecanismos, formas y procedimientos aptos para garantizar la independencia en los integrantes del órgano administrativo dotado de funciones jurisdiccionales (*Ibid.*, tomo II, página 86).

⁵⁵ Esta es, a nuestro criterio, la doctrina judicial construida por el más Alto Tribunal Constitucional a través de pronunciamientos emitidos en distintos momentos de nuestra historia constitucional y respecto de organismos y materias absolutamente disímiles. Al respecto, podemos citar el conocido caso “Fernández Arias” (*Vid.* Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José”, Fallos 247:646 (1960) y el reciente caso “Estrada” (*Vid.* Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), “Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secre-

Pretender atribuir naturaleza de “tribunal” – en el sentido que se utiliza dicho término en nuestra Constitución - a un órgano ajeno al Poder Judicial, por el solo hecho de que los actos que dicta se originen, y se producen como tales, en el marco de un conflicto de intereses, es tan absurdo como pretender atribuir naturaleza parlamentaria al Poder Ejecutivo por el hecho de encontrarse autorizado a emitir reglamentos de necesidad y urgencia, delegados, ejecutivos o reglamentarios o atribuir al Poder Judicial naturaleza administrativa por el hecho de encontrarse autorizado a designar agentes públicos, removerlos, imponer sanciones disciplinarias, convocar a licitación para comprar insumos o realizar obras y suscribir contratos de servicios.

En este último sentido, son ciertamente indeterminables los casos que ingresarían en un debate permanente, además de improductivo y perjudicial para la estabilidad de las instituciones, si se pretendiera colocar las manifestaciones de los distintos “poderes” del Estado bajo la lupa estricta y acusadora de la terminología y la doctrina jurídica.

Así, sin pretender agotar los casos que entrarían en un debate tan polémico como innecesario, respecto del Poder Legislativo destacamos la función de acusar al Presidente, vicepresidente, jefe de gabinete, ministros y miembros de la Corte Suprema, función que ejerce la Cámara de Diputados de la Nación luego de haber investigado y declarado la formación de una causa⁵⁶ y la correspondiente función de juzgar en juicio público a los acusados por dicha Cámara que corresponde al Senado⁵⁷, cuya decisión es calificada como un “fallo” por la misma Carta Fundamental⁵⁸.

taría de Energía y Puertos”, sentencia del 5 de abril de 2005, *Revista Jurisprudencia Argentina. Número Especial 2005 – III, El Caso Ángel Estrada*, Nidia K. CICERO y Denise BLOCH, Coordinadoras, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005).

⁵⁶ *Vid.* Constitución de la Nación Argentina, artículo 53°.

⁵⁷ *Ibid.*, artículo 59°.

⁵⁸ *Ibid.*, artículo 60°.

Lo mismo podríamos decir respecto de la función encomendada al Congreso de la Nación para disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires⁵⁹, en la medida que para ello deba atender y juzgar sobre la negativa de la provincia a la necesidad o constitucionalidad de tal intervención.

Incluso en el ámbito del Poder Judicial destacamos las atribuciones del Consejo de la Magistratura para ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados⁶⁰ y decidir la apertura del procedimiento para su remoción, pudiendo incluso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente⁶¹. El Jurado de Enjuiciamiento, integrado por legisladores, magistrados y abogados, se ocupa de remover a los jueces de los tribunales inferiores mediante una decisión que la misma Constitución Nacional califica como “fallo”⁶².

En idéntico sentido nos remitimos, por razones de brevedad, a las leyes que reglamentan el accionar del Defensor del Pueblo de la Nación⁶³, la Auditoría General de la Nación⁶⁴ y el Ministerio Público⁶⁵, en cuanto atribuyen a éstos organismos de origen constitucional la resolución de distintos tipos de conflictos o controversias, siempre entre sujetos predeterminados y mediante la aplicación de normativas específicas de derecho público.

Asimismo, también podría colocarse bajo la lupa inflexible de la terminología o del lenguaje jurídico los múltiples casos en que distintos funcionarios o agentes estatales, de cualquiera de los tres po-

⁵⁹ *Ibid.*, artículo 75º, inciso 31.

⁶⁰ *Ibid.*, artículo 114º, inciso 4.

⁶¹ *Ibid.*, artículo 114º, inciso 5.

⁶² *Ibid.*, artículo 115º.

⁶³ *Ibid.*, artículo 86º y Ley 24.284, aparecida con anterioridad a la cláusula de la Constitución Nacional referida, motivo por el cual, más allá de las normas modificatorias de naturaleza legal, en su aplicación e interpretación (de la Ley 24.284) debe tenerse en cuenta la reforma constitucional de 1994.

⁶⁴ Ver al respecto artículo 85º de la Constitución Nacional y Ley 24.156, modificatorias y concordantes.

⁶⁵ *Vid.* artículo 120º de la Constitución Nacional y Ley 24.946.

deres del Estado, inician acciones y procedimientos de investigación y sanción disciplinaria contra un agente público, sea de oficio o por haberse realizado una denuncia.

Finalmente, como un ejemplo más de lo inconveniente que resulta calificar sin mayores análisis la naturaleza de los actos de los distintos poderes o órganos del Estado, corresponde destacar que, parte de la doctrina especializada se ha expresado sobre la sustancia jurisdiccional del acto por el cual se resuelve un recurso jerárquico⁶⁶ e incluso cuando se resuelven conflictos entre dos entes autárquicos o entre un ente autárquico y la administración central⁶⁷. Una postura extrema, podría llevar al absurdo de calificar como tribunal administrativo a cada órgano del Poder Ejecutivo o Legislativo que resuelve un recurso administrativo o un conflicto interorgánico.

Respecto de lo que venimos exponiendo en éste título, es oportuno también atender la opinión de GARCÍA TREVIANO FOS, quién explica que la “jurisdicción” entendida como la “composición de intereses contrapuestos” puede ejercitarse tanto por la Administración como por el Poder Judicial y que la potestad jurisdiccional de la Administración se manifiesta fundamentalmente a través de la resolución de los recursos⁶⁸.

Por su parte, MARIENHOFF apunta que la “Administración jurisdiccional es la que decide las cuestiones (recursos, reclamaciones, etc.) promovidas por los administrados”⁶⁹, aportando éste último autor la referencia sobre algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde se califica la resolución de recursos y reclamaciones a cargo de la Administración como supues-

⁶⁶ Cfr. José CANASI, *Derecho Administrativo*, volumen I, parte general, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972, página 231

⁶⁷ Cfr. Manuel María DIEZ, *Derecho Administrativo*, tomo I, Bibliográfica Ameba, Buenos Aires, 1963, página 261.

⁶⁸ Citado por Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1995, referencia 18.b.

⁶⁹ *Ibid.*

tos donde las leyes sustraen a la intervención judicial determinados asuntos⁷⁰.

En definitiva, pretendemos demostrar, con los ejemplos dados, la enorme confusión conceptual y terminológica que presenta la doctrina y la jurisprudencia respecto al tema bajo tratamiento, no obstante lo cual, insistimos en que, si por cada ocasión en la cual un órgano del Estado emite un acto que resuelve o procura avanzar en la resolución de un conflicto de intereses o en una controversia, deberíamos atribuir a ése órgano naturaleza de tribunal administrativo, vamos a concluir – más tarde o más temprano – que el Estado en su totalidad es un gran tribunal, pues no existe cuestión bajo resolución de un órgano del Estado que no contenga con mayor o menor notoriedad e importancia una controversia con intereses contrapuestos.

Lo mismo podemos decir respecto de la función jurisdiccional. Pues si cada vez que se resuelvan controversias debemos considerar que estamos frente al ejercicio de función jurisdiccional debemos aceptar que el ejercicio de función administrativa y reglamentaria se limita a unas pocas cuestiones puntuales, en cualquiera de los tres poderes del Estado.

En síntesis, corresponde concluir con las siguientes reflexiones:

i.- la supuesta división de poderes no es tal, tratándose en realidad de una mera distinción funcional con fines prácticos;

ii.- la creación, de naturaleza constitucional, de tres “poderes” en el Estado no debe adoptarse como una ruptura de su unidad sino como la búsqueda de un sistema equilibrado y autocontrolado del ejercicio del poder que se le encomendó;

iii.- lo que define la naturaleza de los órganos estatales es su pertenencia a determinado órgano mayor de poder y;

iv.- el acto estatal es un género que contiene distintas especies.

⁷⁰ Cfr. Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 246:269, Soaje Ramos, Guido (1960); 248:516, Aberg Cobo, Martín (1960); 250:272, Domínguez, Antonio, y otros (1961) y; 255:354, Cámara Gremial de Productores de Azúcar (1963).

2. LA CATEGORÍA DE “TRIBUNAL” QUE OSTENTAN CIERTOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN: UNA CUESTIÓN MERAMENTE TERMINOLÓGICA

La cuestión de los tribunales administrativos ha suscitado sin dudas uno de los debates más profundos y prolongados en la historia del Derecho Administrativo, adquiriendo especial interés en el marco de la doctrina de la división de poderes, que se analizó en detalle más arriba⁷¹.

Planteado el asunto desde un punto de vista amplio, podría decirse que toda controversia o conflicto de intereses que se suscite en el ámbito de la administración, y que precise de un acto administrativo a los efectos de su resolución, aparece a la luz de determinada doctrina como un acto adoptado en ejercicio de actividad jurisdiccional.

Tal concepto, que en definitiva implica la atribución de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos, sólo recibe una justificación básica y endeble bajo la doctrina que distingue entre función y actividad, postura que acepta desde el punto de vista material el ejercicio de función administrativa, legislativa y jurisdiccional por parte de los tres órganos del poder, ejecutivo, legislativo y judicial, de manera indistinta⁷².

Para un completo tratamiento del tema corresponde primeramente indagar sobre lo que debe entenderse por “tribunal administrativo”, pues sólo realizando algunas precisiones terminológicas es posible debatir y opinar sobre una base cierta y esencialmente común. En tal sentido, advertimos que se ha definido al “tribunal”

⁷¹ Ver al respecto el extraordinario desarrollo de esta doctrina y de sus motivaciones, ya referido más arriba, en la obra de MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes o de la relación que las leyes deben con la Constitución de cada gobierno, las costumbres, el clima, la religión y el comercio...* (véase Libro Primero, Capítulos I y III “De las leyes, en sus relaciones con los diversos seres” y “De las leyes positivas”).

⁷² Ver y ampliar en CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo I, p. 115 y ss.

como un “organismo unipersonal o colegiado que tiene a su cargo la administración de justicia, así como el lugar donde esos organismos cumplen su función”⁷³.

Respecto del término “tribunal judicial”, se define como tal al “órgano, por excelencia, a través del cual se cumple la función jurisdiccional en todo Estado moderno, con independencia de otros poderes en los regímenes democráticos. Compete a él, en especial, la administración de justicia y la garantía de ella para todos los miembros de la sociedad. Objetivamente la función jurisdiccional es la realización del derecho”⁷⁴.

Como puede advertirse de las definiciones esbozadas, lo que distingue a un “tribunal” o, mejor dicho, lo que autoriza a otorgar tal carácter a un ente público estatal, es la “potestad” de que ha sido dotado constitucionalmente para administrar justicia.

Un Tribunal es un organismo del Estado que se ocupa de ejercer uno de sus cometidos esenciales, como es la administración de justicia, en los conflictos que pudieran suscitarse entre miembros de la sociedad y de éstos con autoridades públicas estatales y no estatales. La característica fundamental del organismo estatal a cargo de éste cometido es la potestad de “administrar justicia” y realizar el derecho con fuerza de verdad legal, de manera que sus decisiones constituyen fallos o sentencias de obligatorio cumplimiento para las partes del conflicto, sin perjuicio de eventuales apelaciones que habiliten su revisión por otro tribunal.

La segunda cuestión terminológica que importa aclarar se refiere al significado del término “jurisdicción”. Parte de la doctrina abarcan, con dicho término, tanto la actividad que desarrollan los tribunales judiciales como la que desarrollan los mal llamados “tribunales administrativos”, y, a partir de tal concepción, consideran

⁷³ Cfr. *Diccionario Jurídico Forum*, Tomo III, O – Z. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1948, página 705.

⁷⁴ Vid. *Diccionario Jurídico Abeledo – Perrot*, Tomo III, P – Z, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1987, página 552.

que los órganos administrativos también ejercen función jurisdiccional⁷⁵.

A nuestro criterio, es fundamental reservar el calificativo de “ejercicio de función jurisdiccional” a los tribunales judiciales, vinculando dicha expresión exclusivamente a la “administración de justicia” que sólo realizan los tribunales judiciales.

Expresa al respecto LINARES QUINTANA que “la función jurisdiccional es la que mejor define el carácter jurídico del Estado constitucional...”, y continua el autor referido expresando que “... en la función jurisdiccional el Estado obra con personalidad propia, porque la actividad que con ella realiza es una emanación directa de su soberanía. La función jurisdiccional se ejerce mediante los jueces, quienes, por medio de la sentencia, previo el conocimiento de los hechos, aplican el derecho al caso concreto sometido a su decisión”⁷⁶.

Ninguno de los tres poderes del Estado es tan representativo de su personalidad jurídica propia como lo es el Poder Judicial, pues la función legislativa, y por delegación también la función reglamentaria a cargo del Poder Ejecutivo, no surgen de una creación arbitraria del Estado sino que es “el resultado de una lenta evolución en la conciencia de los pueblos, de manera que aquel no las crea (*a las normas*) sino que solamente las consagra”⁷⁷.

Lo mismo, y con mayor énfasis aún, debemos decir respecto de la función administrativa, la cual se limita a la administración de la cosa pública en todos sus aspectos mediante la ejecución de la Constitución del Estado y el orden jurídico vigente.

⁷⁵ Cfr. Héctor A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, página 4.

⁷⁶ Cfr. Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Editorial Plus Ultra, 1987, página 740.

⁷⁷ *Ibid.* (lo colocado con “negrilla” y “cursiva” en el texto citado nos pertenece).

Al respecto, el artículo 109° de la Constitución Nacional expresamente dispone que “en ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”, manifestación constitucional que, parte de la doctrina especializada, a llegado a considerar “exagerada”, en la medida que “aún cuando éste precepto no hubiera sido incluido en el texto fundamental, sería indiscutible la carencia de facultades judiciales en el Presidente de la Nación, ya que el fundamental principio de la división de los poderes – columna vertebral de nuestro ordenamiento jurídico-político – lo impide en forma absoluta”⁷⁸.

En definitiva a nuestro criterio no es posible aceptar en el derecho argentino la existencia de tribunales administrativos, esencialmente por que la Constitución Nacional así lo establece, y, consecuentemente, es igualmente improcedente en el marco de nuestro derecho Constitucional, calificar como “jurisdiccional” un acto emanado de órganos administrativos, en la medida que con tal terminología se pretenda hacer referencia a la “resolución de controversias entre partes con fuerza de verdad legal que pronuncia un órgano imparcial e independiente”.

3. LA CUESTIÓN DE FONDO RESPECTO A LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS POR PARTE DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS

Complementando la postura que esgrimimos en el punto anterior y a partir de una lectura reflexiva del artículo 109° de la Constitución Nacional, sin perjuicio de insistir con la manifiesta inconstitucionalidad de los denominados “tribunales administrativos” y del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos, afirmamos también que es constitucionalmente posible reconocer la existencia de organismos ajenos al Poder Judicial que, en ejercicio de sus funciones, emiten actos que resuelven controversias

⁷⁸ *Ibid.*, página 746.

entre particulares o entre éstos y personas jurídicas públicas, estatales o no estatales, e incluso entre personas jurídicas estatales.

En efecto, el hecho de negar la constitucionalidad de los “tribunales administrativos y del ejercicio de “función jurisdiccional” por parte de órganos ajenos al Poder Judicial, no implica negar la habilitación constitucional para que organismos administrativos con especialización técnica, competencias limitadas y decisiones – actos administrativos – plenamente revisables por el Poder Judicial, tramiten y resuelvan, en una instancia administrativa, controversias o conflictos suscitados entre personas que participan de determinadas actividades económicas o que se encuentran sujetas a determinada normativa específica. Lo contrario sería irracional y especialmente inútil jurídicamente.

De manera entonces que, aceptar que, bajo ningún concepto, un organismo administrativo puede recibir el calificativo de “tribunal administrativo” y negarle la posibilidad de ejercer la “función jurisdiccional”, no implica en forma alguna negar que los órganos administrativos pueden y deben tratar y resolver controversias entre partes.

Por el contrario, tal como se intentó demostrar anteriormente, podríamos asegurar que toda la actividad administrativa conlleva, como elemento principal o adicional, la resolución de una controversia. Todo acto administrativo, sea de manera explícita o implícita, “resuelve” o “dirime”, total o parcialmente, intereses contrapuestos, pues siempre contendrá la eterna dicotomía entre el interés público y el o los intereses particulares, o, en su caso, entre intereses particulares contrapuestos.

El acto estatal en sí mismo, antes de nacer y durante el procedimiento para su concreta “manifestación”, se enfrenta a un creciente conflicto entre el interés público y uno o más intereses particulares, y, en tal sentido, una de sus utilidades más importantes es, justamente, resolverlo. A medida que el procedimiento de preparación del acto estatal se va desarrollando, y acercándose a su punto final, el

interés público y privado van profundizando sus diferencias y precisan imperiosamente una definición⁷⁹.

Expresa FIORINI irónicamente que "... con el dato de una posible actividad de contradicción (*como fundamento para calificar un acto como jurisdiccional*) todos los actos promovidos por recursos administrativos serán jurisdiccionales pues el recurso es una impugnación controvertida"⁸⁰.

No puede pensarse un acto del Estado sin este conflicto permanente y creciente, porque el Estado nace y subsiste justamente para resolverlo en cada caso. Sin este conflicto el Estado como persona jurídica no tendrá razón de existir. No sería necesario. A tal punto esto es así que MARIENHOFF entiende como acto jurisdiccional de la Administración todo pronunciamiento expreso y fundado que se dicte en ejercicio de una facultad legal y ante un requerimiento o reclamación del administrado, cualquiera sea el órgano del cual emane⁸¹.

De manera que es imposible desconocer que todo acto del Estado se dicta en virtud de un conflicto o controversia que precisa una solución. Pero considerar que cuando tal actividad emana de un órgano administrativo se está frente al ejercicio de la función jurisdiccional y que dicho órgano es un "tribunal", es absolutamente erróneo, pues se confunde todo lo que implica en cuanto a garantías de imparcialidad e independencia la labor del órgano judicial, con el deber básico de cualquier órgano estatal de resolver sin fuerza de

⁷⁹ Sobre la naturaleza del procedimiento administrativo ver Héctor Jorge ESCOLA, *Tratado General del Procedimiento Administrativo*, 2º edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, páginas 4 y ss.

⁸⁰ Cfr. Bartolomé A. FIORINI, *Derecho Administrativo*, 2ª edición, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1976, página 582 (lo colocado con "negrilla" y "cursiva" en el texto citado nos pertenece).

⁸¹ Ver y ampliar en Miguel S. MARIENHOFF, "Administración pública. Actividad jurisdiccional de la Administración", *Revista Jurisprudencia Argentina* N° 1302 del 14 de agosto de 1962, *passim*.

verdad legal y sin necesidad de imparcialidad e independencia, los conflictos naturales entre el interés público y el privado.

Al tratar el tema de los actos jurisdiccionales emanados de organismos administrativos, FIORINI enseña que se trata de actos administrativos donde la administración actúa en una de las diversas formas que el derecho autoriza, dentro de la dogmática de la división de poderes.

Al respecto, insiste FIORINI en que “... Actos de distintos contenidos de distintos procedimientos de distintos regímenes pero siempre actos administrativos, pues la doctrina estatal no quiere, con o sin el artículo 95^a de la Constitución Nacional (*ahora artículo 109º*) que el administrador fuere juez y que éste se transforme en poder administrador”⁸².

Por más que se prevea en algunos casos procedimientos recursivos especiales contra actos administrativos erróneamente calificados como jurisdiccionales, la misma normativa donde se los trata termina por reconocer expresa o implícitamente su naturaleza de “actos administrativos”.

Es el caso del artículo 99º de la Ley 19.549 que luego de calificar determinados actos como jurisdiccionales prevé la posibilidad de que se interponga contra los mismos el recurso de alzada, aún cuando sólo pueda revisarse su legalidad⁸³. Ello sin perjuicio de hacer notar la inclusión del tratamiento de tales “actos jurisdiccionales” en la ley que reglamenta los requisitos de legalidad del acto administrativo y los procedimientos para su dictado, impugnación y anulación.

Debemos distinguir, entonces, el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de supuestos tribunales administrativos con pretensión de fuerza de verdad legal, de la simple decisión que determinado órgano administrativo adopta respecto de un conflicto

⁸² Vid. FIORINI, *Derecho Administrativo...*, página 578/79 (lo colocado con “negrilla” y “cursiva” en el texto citado nos pertenece).

⁸³ *Ibid.*, página 580.

entre el interés público y el interés privado. Lo primero está prohibido en nuestra Carta Fundamental, lo segundo no.

Sin embargo, es posible reconocer la existencia de organismos administrativos cuyo objeto principal es resolver eventuales controversias concretamente vinculadas con determinada actividad, siempre con competencias limitadas en cuanto al derecho aplicable y en cuanto a las partes intervinientes⁸⁴.

Estos organismos, sin dejar de ser administrativos, y sus decisiones, sin dejar de ser actos administrativos, dedican la mayor parte de sus intervenciones a resolver controversias entre organismos públicos y los administrados⁸⁵ y también, a partir de la aplicación de técnicas de participación del sector privado, entre concesionarios de servicios públicos y los usuarios o entre los primeros y las personas públicas estatales o no estatales⁸⁶.

Pero aún en estos casos y por más esfuerzos que se realicen para resguardar la independencia de éstos organismos, nunca podrá variarse su esencia de organismo administrativo y la naturaleza administrativa de sus decisiones, ello sin perjuicio de destacar enfáticamente la importancia de su existencia y la enorme utilidad de sus resoluciones, pues una cosa no quita la otra.

Ahora bien, cuando mayor sea la orientación de la actividad de un órgano administrativo hacia la resolución de controversias, mayor será el deber y la necesidad de perfeccionar la normativa que regula la constitución y la emisión de los actos de dicho órgano. Por ello,

⁸⁴ La especificación legal respecto del “derecho aplicable” en la resolución de controversias a cargo de organismos administrativos y las “personas” con “legitimación activa y pasiva” (si se nos permite la expresión), son dos exigencias absolutamente razonables que surgen de la doctrina judicial, especialmente la construida a través de sus pronunciamientos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Más adelante volvemos sobre este tema para analizar tales pronunciamientos.

⁸⁵ Es el caso del Tribunal Fiscal de la Nación.

⁸⁶ Es el caso de los denominados “entes reguladores de servicios públicos”, organismos que van a convertirse, paulatinamente, en el objeto principal de nuestro estudio.

los organismos administrativos cuya actividad tiende esencialmente a resolver determinadas controversias entre partes, pueden ser objeto de un tratamiento especial que resguarde la especialización de sus miembros, la independencia funcional y que establezca un régimen especial para la designación y remoción de sus integrantes.

Asimismo, y no obstante las condiciones y resguardos legales mencionados en el párrafo anterior, deberá, además, reglamentarse las condiciones, formas y procedimientos para que cualquier interesado recurra sus decisiones ante la justicia. Ese control “judicial” inevitable en nuestro sistema constitucional, nos deja entrever la naturaleza “administrativa” del acto recurrido⁸⁷.

Respecto del “control judicial suficiente” contra toda decisión administrativa, advierte CASSAGNE que “... como consecuencia de haber adoptado el principio judicialista puro del constitucionalismo español e iberoamericano, la interdicción constitucional que impide que el Poder Ejecutivo ejerza funciones judiciales ha exigido, como contrapartida que, cuando un órgano o tribunal administrativo tenga atribuidas, por un título legal, funciones materialmente jurisdiccionales, el control judicial ha de ser pleno y suficiente, con amplitud de debate y prueba”⁸⁸.

Si bien el autor citado adopta una postura sumamente restrictiva respecto de la existencia de “tribunales administrativos” y del ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales a cargo de organismos administrativos⁸⁹, igualmente utiliza tales términos, lo cual demuestra que en el fondo el debate doctrinario y jurisprudencial presenta un fuerte contenido meramente terminológico.

⁸⁷ Cfr. FIORINI, *Derecho Administrativo...*, página 586.

⁸⁸ Vid. Juan Carlos CASSAGNE, “En torno a la evolución de las instituciones del Derecho Administrativo argentino y sus principales tendencias”, *Revista Jurídica El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo*, mayo de 2005, página 8.

⁸⁹ Ampliar en Juan Carlos CASSAGNE, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Angel Estrada””, *Revista Jurídica La Ley* 2005 - C, 736, especialmente página 756.

En definitiva, a nuestro criterio, en nuestro derecho y en nuestro sistema constitucional, no es jurídicamente posible aceptar la existencia de “tribunales administrativos”, así como tampoco es jurídicamente posible atribuir a los actos emanados de organismos administrativos la naturaleza de “actos jurisdiccionales” o dictados en ejercicio de “funciones jurisdiccionales”. Por el contrario, sí es jurídicamente posible reconocer la existencia de organismos administrativos que, con mayor o menor frecuencia, resuelven controversias entre partes, aplicando un régimen jurídico de derecho público.

Dicha actividad de resolución de conflictos puede ser o no el objeto principal para el cual fue creado el organismo o puede ejercerse eventualmente como derivación de sus actividades principales. En un caso y en otro deberá asegurarse el control judicial correspondiente, como sucede con cualquier acto administrativo, pues tal es la naturaleza de todo acto emitido por un órgano del estado en ejercicio de la función administrativa.

CAPÍTULO II

LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. MARCOS REGULATORIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS: UNA BUENA OPORTUNIDAD (DESAPROVECHADA) A FAVOR DEL PODER LEGISLATIVO

El debate sobre la constitucionalidad de los tribunales administrativos fue adquiriendo mayor entidad a medida que fueron apareciendo distintos organismos administrativos con supuestas “funciones jurisdiccionales”, sin perjuicio de lo cual, por idénticos motivos a los que impulsaron la inclusión en la Constitución Nacional de una expresa y terminante prohibición al Presidente de la Nación para ejercer funciones judiciales, en Argentina la polémica siempre estuvo vigente⁹⁰.

Justamente por ello, advertimos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema hacia fines del siglo XIX, cuando, justamente respecto de los “entes reguladores” de la época, admitía que la actividad regulatoria se justifica en el poder de policía del Estado y que resolver

⁹⁰ Puede consultarse al respecto Alberto BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina*, tomo I, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2001, *passim*. También Oscar AGUILAR VALDEZ, “El acto administrativo regulatorio”, en *Acto Administrativo y Reglamento*, publicación de las *Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral*, Ediciones R.A.P., Buenos Aires, 2001, página 433 y ss.

“conflictos” en dicho marco no significaba arrogarse funciones judiciales ni violentar lo establecido en el artículo 95° de la Constitución Nacional⁹¹.

Hacia mediados del siglo XX, y especialmente durante las primeras décadas de su segunda mitad, los pronunciamientos judiciales provocados con motivo del análisis y encauzamiento de la actividad administrativa de resolución de controversias, apresuradamente denominada como “ejercicio de función jurisdiccional, fue “in crescendo”, como lo demuestran las recopilaciones jurisprudenciales⁹², perdiendo luego paulatinamente intensidad en los estrados judiciales y con ello, amenguando también, el interés doctrinario por su estudio, reflexión y debate.

Durante años, especialmente en el transcurso de las décadas del 70 y del 80 del siglo XX, la frecuencia de los pronunciamientos judiciales sobre el tema fue decreciendo, advirtiéndose esporádicas manifestaciones pretorianas que sirven de complemento y revalidación respecto de la doctrina judicial fijada a mediados del mismo siglo. Así, por ejemplo, los tribunales judiciales debieron invalidar sistemas normativos que, inexplicablemente, aún pretendían excluir ciertos asuntos, previamente resueltos en la instancia administrativa, del control judicial posterior.

La sucesión de pronunciamientos judiciales emitidos, como se expresara, apenas superada la primera mitad del siglo XX, cuyo con-

⁹¹ Cfr. Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 152:376, Ferrocarril Central Córdoba c/ Dirección General de Ferrocarriles (1928) y también sería provechosa para el lector agregar la consulta de AGUILAR VALDEZ, “El acto administrativo regulatorio” ..., 535 y ss.

⁹² Cfr. Laura MONTI, “El ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema” (Sistematización de jurisprudencia vinculada con el caso “Ángel Estrada”), en Nidia K. CICERO y Denise BLOCH (coordinadoras), *El Caso Ángel Estrada, Revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial 2005 – III*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, página 59. Al respecto puede verse también Juan Francisco LINARES, “La garantía de defensa ante la Administración”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 142-1137, *passim*.

tenido y evolución es profundamente analizado en este Capítulo, permitió cierto equilibrio y prudencia en la creación de organismos con supuestas funciones jurisdiccionales. Si bien algunos organismos administrativos continuaron desempeñando la función de resolver controversias en materias especialmente predeterminadas, el auge de los mal denominados “tribunales administrativos” fue decayendo y dejó paso a una etapa de estabilidad jurisprudencial y reposo doctrinario.

Como bien lo señala MONTI⁹³, con posterioridad a “Fernández Arias” la Corte se ocupó desapercibidamente, entre otros asuntos, de declarar la inconstitucionalidad del artículo 30° del CPPN, por impedir el control judicial de las “sentencias” dictadas por las autoridades de policía en materia contravencional cuando la condena no excedía los 5 días de arresto o \$25.000 de multa⁹⁴ y también del artículo 1084 del Código Aduanero en cuanto impedía el control judicial de las resoluciones definitivas dictadas en materia de infracciones aduaneras cuando la sanción aplicada fuera inferior al monto allí establecido⁹⁵.

No obstante lo expresado hasta aquí, y tal como intentaremos probarlo mediante un estudio jurisprudencial reflexivo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no fue lo suficientemente clara, ni aún en el conocido fallo recaído en la causa “Fernández Arias”.

A tal punto carecía de claridad la “doctrina judicial” referida que, hacia fines del siglo XX, sólo existían algunos criterios fijados sobre las condiciones a cumplirse para que organismos administrativos tengan legítimamente a su cargo el ejercicio de “funciones jurisdiccionales”, criterios que de poco sirvieron para detener o atenuar el pernicioso debate generado a partir de la creación de los “entes re-

⁹³ Cfr. MONTI, “El ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema...”, página 59.

⁹⁴ Así resuelve el Más Alto Tribunal Constitucional al pronunciarse en el caso “Madala” (Vid. Fallos 305:129, Madala, Adolfo Daniel (1983).

⁹⁵ *Ibid.*, caso “Casa Enrique Schuster” (Fallos 310:2159 (1987).

guladores de servicios públicos”, organismos facultados en algunas normas para ejercer “funciones jurisdiccionales”.

Sin embargo, no todo puede cargarse sobre las espaldas de la “justicia”, pues tanto los funcionarios actuantes en el Poder Legislativo como en el Poder Ejecutivo, al debatir, sancionar, promulgar y reglamentar normas legales, deberían haber estudiado y receptado los principios y normas de nuestra Constitución, de los que surge que, en la Argentina, está absolutamente vedada la posibilidad de crear organismos administrativos autorizados a dictar decisiones administrativas no revisables judicialmente, cualquiera sea el tipo de función que ejerzan y cualquiera sea la naturaleza que se le atribuya.

Cuando a principios de la década del noventa se inicia un proceso de transformación institucional del Estado argentino, el mismo Poder Legislativo establece, entre otras normativas, los marcos regulatorios de las prestaciones de los servicios públicos, incluyendo en los mismos aspectos técnicos, económicos, jurídicos y societarios y sentando principios generales respecto de las prestaciones y las condiciones básicas para el otorgamiento de concesiones y licencias a favor de personas privadas⁹⁶.

Pues bien, en las mencionadas normativas se crean los denominados entes reguladores de servicios públicos⁹⁷, atribuyéndoles, entre otras, “funciones jurisdiccionales”, pero sin asegurar expresamente las condiciones esbozadas hasta ese momento por la doctrina judicial, aún cuando los referidos “marcos regulatorios” aseguran la revisión judicial de sus decisiones. A partir de tal circunstancia, y como se expresara más arriba, se generó un profundo y prolongado

⁹⁶ Ver al respecto Ley N° 23.696, “de Reforma del Estado y Emergencia Económica”, Boletín Oficial del 25 de septiembre de 1989. Esta norma expresa en su artículo 17° que las privatizaciones podrán materializarse por algunas de las siguientes modalidades: venta de activos de las empresas, venta de acciones, locación con o sin opción a compra, administración con o sin opción a compra, concesión, licencia o permiso.

⁹⁷ Es el caso del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, creado en 1992 por Ley Nacional N° 24.065 y el Ente Nacional Regulador del Gas, creado el mismo año por Ley Nacional N° 24.076.

debate respecto de la naturaleza de estos organismos y de la constitucionalidad de sus funciones, debate que, con el debido respeto, sólo contribuyó a impedir el normal ejercicio de la función de regulación que se les había encomendado.

Tal vez lo más prudente hubiese sido, por parte de los Órganos de poder mencionados, legislativo y ejecutivo, asegurarse de incluir en las normativas donde se crean tales instituciones y se reglamentan sus competencias, aunque sea básicamente, las características y principios exigidos por la jurisprudencia que se había esbozado con anterioridad en Argentina y que estudiaremos en adelante. Pero sólo podremos vislumbrar explicaciones más certeras una vez concluido el análisis jurisprudencial mencionado.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

a) La etapa inicial

En lo referente al tema que venimos desarrollando en este Capítulo, es decir, el reconocimiento y constitucionalidad de la existencia de tribunales administrativos y del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos, la evolución jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como de los tribunales inferiores, fue variando a través de los años, orientándose paulatinamente hacia una postura restrictiva.

Ahora bien, al momento de analizar la solvencia y coherencia de la doctrina judicial surgida del proceso referido en el párrafo anterior, y si bien respetada doctrina⁹⁸ intentó sistematizarlo y atribuirle la conformación de criterios jurídicos sólidos y coordinados, en realidad, de nuestra parte sólo advertimos un enorme desorden con-

⁹⁸ Cfr. LINARES, “La garantía de defensa ante la Administración...”, página 1139 y ss.

ceptual y numerosas contradicciones, por lo menos hasta el pronunciamiento emitido en el conocido fallo “Fernández Arias”⁹⁹, calificado por alguna doctrina como un “leading case”¹⁰⁰.

Por otra parte, aún cuando corresponde reconocer que el fallo referido en último término es de innegable utilidad, ello no implica, necesariamente, aceptar que sea un pronunciamiento de absoluto rigor intelectual ni que pueda atribuírsele un óptimo nivel jurídico.

Por el contrario, es innegable que la situación existente al momento de emitir el fallo, siempre en referencia a “Fernández Arias”, ameritaba realizar un tratamiento judicial superador del caso concreto, ocupándose de algunas cuestiones genéricas y procurando sentar reglas ordenadoras. En definitiva, las horas previas al dictado del fallo “Fernández Arias” dejaban entrever una gran oportunidad para emitir un pronunciamiento orientado, en sus apreciaciones y conclusiones, no solo a resolver la situación concreta sino a brindar criterios y principios generales y uniformes.

Asimismo, en idéntico sentido, también advertimos que con anterioridad, y aún con posterioridad a “Fernández Arias”, se emitieron pronunciamientos judiciales que contradicen sus fundamentos, generando entonces un alto grado de inseguridad jurídica y absoluto descuido por resolver, adecuada y uniformemente, un tema que paulatinamente fue adquiriendo mayor importancia institucional. Esto último adquiriría una importancia especial, en el marco de un país que intentaba constituirse y crecer en un Estado de Derecho, de la mano de una “división de poderes” demasiado joven para dejarla transitar sola.

⁹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José”, Fallos 247:646 (1960).

¹⁰⁰ Sin dejar de reconocer la utilidad del pronunciamiento de la Corte Federal en el caso citado, nos permitimos disentir respetuosamente con la doctrina que, prácticamente con unanimidad, le atribuye cualidades que le quedan un poco “grandes” (sobre la importancia atribuida ver y ampliar, entre otros, en BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, página 176).

Durante un primer período, que a nuestro criterio transcurre desde el nacimiento del más Alto Tribunal Constitucional hasta el año 1960, si bien para algunos se ha sentado el criterio de que "... no interesa la indefensión en sede prejudicial si el interesado pudo defenderse ante la justicia"¹⁰¹ para otros la exigencia de control judicial suficiente no siempre fue tal¹⁰².

Así es como, entre los fallos investigados durante éste primer período, se advierte una actitud tendiente a reconocer el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los organismos administrativos, pero omitiendo ocuparse de la cuestión constitucional y sin exigir demasiados requisitos institucionales, como ser la naturaleza de la norma de creación del órgano en cuestión, el grado de independencia e imparcialidad que debe asegurarse en el funcionamiento y constitución del mismo y la definición del ámbito normativo, derecho público o privado, dentro de la cual puede ejercerse tal función.

De una simple lectura de los hechos ocurridos y que sirven de causa a los fallos de éste período, se puede entrever una gran desidia y desprecio por la legalidad y el derecho de defensa del administrado de los funcionarios de turno. Tal vez por ello la Corte Suprema ejercita una labor educativa e instructiva sobre la Administración, imponiendo criterios sumamente estrictos respecto del respeto por el derecho de defensa del administrado, especialmente respecto del derecho a ser oído¹⁰³, de la posibilidad del administrado para conocer a fondo la cuestión bajo análisis o juzgamiento, a los efectos de ejercer

¹⁰¹ Vid. LINARES, "La garantía de defensa ante la Administración...", página 1137.

¹⁰² Cfr. Alberto B. BIANCHI, "El derecho constitucional argentino en la década de 1930 (A propósito del nacimiento de la Revista La Ley)". *Revista Jurídica La Ley* 2005-F-1302, páginas 1319 y ss.

¹⁰³ Ver y ampliar mediante la lectura del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso conocido como "Deportados en Transporte Chaco", del año 1932 (Fallos 164-344). Sobre el tema, véase también, del mismo Tribunal, el pronunciamiento emitido 5 años (1937) después en el caso "Gernet, Francisco c. la Nación" (Fallos 177-194) y en el caso "Juan Guisen e Hijo" (Fallos 216-307) del año 1950.

eficientemente la defensa de sus derechos¹⁰⁴ y de la posibilidad para ofrecer y producir pruebas, que debe reconocerse y alentarse¹⁰⁵.

Contrariamente a ello, las decisiones de los tribunales inferiores transgrediendo elementales principios constitucionales también agregaban un ingrediente de inseguridad jurídica y obligaban a una mayor atención por parte del más Alto Tribunal¹⁰⁶.

Sin perjuicio de destacar el notorio esfuerzo de la Corte Suprema por ordenar y encauzar la actitud negligente de la Administración y también por revertir el respaldo que dichas negligencias encontraban en algunos tribunales inferiores, también debemos hacer notar las fuertes contradicciones respecto de la obligatoriedad del control judicial posterior a la decisión administrativa en que incurre la misma Corte.

En efecto, y si bien en algunos fallos se menciona el control judicial posterior como un requisito inevitable¹⁰⁷ en otras causas el Alto Tribunal Constitucional admite, sin demasiadas explicaciones, que los organismos administrativos pueden ejercer funciones jurisdiccionales sin revisión judicial posterior, en la medida que esté asegurado el derecho de defensa en juicio¹⁰⁸ o, el mismo Tribunal, se conforma con que la normativa le permita a la justicia revisar las decisiones administrativas “arbitrarias”, con lo cual quedaría cubierta el derecho a una revisión judicial que tiene cada administrado¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), caso “Parry, Adolfo E.”, Fallos 193-408 (1942).

¹⁰⁵ *Ibid.*, caso “Cía. Azucarera del Norte S.A.”, Fallos 237-193.

¹⁰⁶ *Ibid.*, caso “Frigofride S.R.L.”, Fallos 236-271 (1956) y “Nocefore de Caputo c. Instituto de Previsión Social”, Fallos 243-62 (1959).

¹⁰⁷ *Ibid.*, “Benítez de Pantaleo c. Villa, Enrique”, Fallos 211-1056 (1948).

¹⁰⁸ Cfr. BIANCHI, “El derecho constitucional argentino...”, página 1322. Al respecto, es provechoso también ver de la Corte Federal Argentina, el pronunciamiento emitido en la causa “V. Arzamendia c. Sotile L.”, Fallos 269-109 (1967).

¹⁰⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), “López de Reyes, María c. Instituto Nacional de Previsión Social”, Fallos 244-548 (1959).

En éste sentido expresa la Corte de la época que “...la posibilidad de que determinados organismos administrativos sean... investidos legalmente de la posibilidad de dictar pronunciamientos de naturaleza judicial de manera irrevisible por los tribunales ordinarios de justicia... coloca a éstos organismos en la necesidad elemental, para el ejercicio de tal atribución, de respetar los derechos y garantías constitucionales y, en particular, la de la inviolabilidad de la defensa en juicio consagrada por el artículo 18° de la Constitución Nacional... resultan así, al menos con carácter de regla general, aplicables a los procedimientos seguidos ante los jueces administrativos, los principios sentados por ésta Corte para las causas judiciales; porque también aquellos organismos deben ofrecer a quienes comparecen ante ellos, un tribunal imparcial y apto ante el cual presentar su caso... entre estos principios, interesa aquí el que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio”¹¹⁰.

Como puede apreciarse la Corte Suprema, al menos en el caso “Perry” acepta como constitucionalmente posible el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de organismos administrativos, a los cuales califica como tribunales administrativos, refiriéndose además a sus integrantes como “jueces administrativos” y a sus decisiones como “pronunciamientos de naturaleza judicial”.

b) El fallo “Fernández Arias”

Si es posible establecer un límite a ese primer período tan confuso y contradictorio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la existencia de “tribunales administrativos” y del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de organismos administrativos, seguramente el punto referencial de ese límite es el pronunciamiento emitido en el caso “Fernández Arias”¹¹¹, donde “supuestamente” la Corte establece el principio de

¹¹⁰ Cfr. BIANCHI, “El derecho constitucional argentino...”, página 1.323.

¹¹¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...”, *passim*.

que cualquiera sea la naturaleza y el alcance de la decisión adoptada por un “tribunal administrativo”, debe asegurarse al menos una instancia de revisión judicial posterior.

Sin dejar de destacar la importancia del pronunciamiento, de una lectura puntillosa extraemos algunas conclusiones que, por la importante diferencia que surge entre lo argumentado y decidido en el voto de la mayoría y el voto de la minoría, consideramos necesario y esclarecedor exponerlas de manera diferenciada. Es decir, en primer lugar se analizará reflexivamente el voto de la mayoría y luego, se hará lo propio con el de la minoría.

Previo a ello no podemos dejar de destacar que con anterioridad al fallo que ahora comentamos, ya la Corte Suprema se había pronunciado a favor de que organismos administrativos ejerzan funciones jurisdiccionales respecto de ciertos tipos de negocios o infracciones, cuando se procure la tutela de intereses de naturaleza pública¹¹², al tiempo que también había fallado en contra de aquellos organismos administrativos que pretendían ejercer tales funciones respecto de conflictos entre particulares y regidos por normas del derecho privado¹¹³.

De manera que, el voto de mayoría en la causa “Fernández Arias” aparece sumamente confuso y contradictorio, sin aportar nada nuevo respecto de la problemática que la misma Corte Suprema intentaba desentrañar hasta el momento de su dictado. Todo lo contrario debemos decir del voto de minoría en la misma causa, el cual sí aparece solvente, innovador y verdaderamente audaz. Veamos el detalle de cada uno:

¹¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), caso “Etcheverry”, Fallos 227:677 (1953).

¹¹³ *Ibid.*, caso “Perelli de Mercatali”, Fallos 234:715 (1956).

i. Voto de mayoría

La confusión institucional del momento se denota desde una primera instancia en el texto del pronunciamiento, pues se califica como “sentencia” a la decisión de un organismo administrativo que no integra el Poder Judicial de la Nación como lo era la Cámara Central Paritaria de Conciliación y Arbitraje Obligatorio. Decisión que a la postre sería objeto del recurso extraordinario y la queja por denegación que genera la intervención de la Corte Suprema¹¹⁴.

Concomitantemente, el carácter de “órgano administrativo” de la Cámara Paritaria, cuya decisión el fallo califica como “sentencia”, es destacado por la misma Corte¹¹⁵, e incluso, como si el asunto no requiriese una explicación detallada, el Alto Tribunal más adelante se refiere a la mencionada Cámara indistintamente como un “cuerpo administrativo” o como un “tribunal administrativo”¹¹⁶.

Asimismo, y en el marco de la coherencia terminológica que se somete a crítica, el voto bajo comentario, sin dejar de reconocer que se trata de jurisdicciones especiales de “índole Administrativa”¹¹⁷, tampoco duda en calificar la actividad de las Cámaras Paritarias, indistintamente, como ejercicio de función jurisdiccional¹¹⁸, ejercicio de “atribuciones” jurisdiccionales¹¹⁹, “pronunciamiento jurisdiccional”¹²⁰ o “intervención jurisdiccional”¹²¹.

Respecto de la postura del Tribunal sobre la exigencia del control judicial suficiente, debemos admitir que tampoco es lo suficien-

¹¹⁴ *Ibid.*, “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...”, Considerando 1º.

¹¹⁵ Expresa textualmente la Corte que “...las mencionadas Cámaras son órganos administrativos que ejercen atribuciones de tipo jurisdiccional” (*Ibid.*, Considerando 4º del voto de la mayoría).

¹¹⁶ *Ibid.*, Considerando 14º del voto de la mayoría.

¹¹⁷ *Ibid.*, Considerando 9º del voto de la mayoría.

¹¹⁸ *Ibid.*, Considerando 4º del voto de la mayoría.

¹¹⁹ *Ibid.*, Considerando 12º del voto de la mayoría.

¹²⁰ *Ibid.*, Considerando 13º del voto de la mayoría.

¹²¹ *Ibid.*, Considerando 15º del voto de la mayoría.

temente clara. En una visión general del fallo pareciera que toda decisión de un órgano administrativo, cualquiera sea su naturaleza, debe otorgar al afectado la oportunidad de una instancia judicial posterior que se ocupe de revisar todo lo actuado y resuelto en sede administrativa, sin embargo, si se lee detenidamente los considerandos 15° y 20°, puede advertirse una clara intención en el voto de limitar lo que se estaba resolviendo al caso concreto bajo juzgamiento, obviando la posibilidad de fijar un principio general.

Expresa la Corte en el primer considerando citado que el caso trata de “...la intervención jurisdiccional reconocida a tribunales administrativos en una situación jurídica que supone litigio entre particulares atinente a sus derechos subjetivos privados... De donde se sigue que, en consecuencia, de esta peculiaridad del sub lite, la gran mayoría de los precedentes antes vistos no guardan con él relación sustancial alguna”.

Posteriormente, ya en el considerando 20° “in fine”, insiste el más Alto Tribunal en acotar el objeto del pronunciamiento al expresar del siguiente modo su tesis final: “Puede afirmarse, por tanto, que, aún cuando el artículo 18° no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, debe entenderse que sí impone una instancia judicial al menos, siempre que estén en juego derechos, relaciones e intereses como los que aquí se debaten, los que de ningún modo pueden ser totalmente sustraídos al conocimiento de los jueces ordinarios sin agravio constitucional reparable por la vía del artículo 14 de la Ley 48”.

Como advertimos de las citas textuales realizadas, la Corte se ocupa, por lo menos en dos oportunidades a lo largo del fallo, de resaltar las “peculiaridades” que presenta el caso bajo tratamiento, dejando entrever la posibilidad de que en otras oportunidades la decisión no sea la misma respecto de la obligatoriedad del control judicial posterior.

Esto que se viene remarcando no es una cuestión menor, en primer lugar porque deja entrever en el texto del fallo “dudas” respecto de un tema cuyo esclarecimiento jurisprudencial se le atribuye

históricamente a este pronunciamiento y, en segundo lugar, porque hasta la fecha del fallo, los pronunciamientos anteriores de la Corte habían admitido, en muchos casos, la constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales adoptadas por eventuales “tribunales administrativos”, aún cuando dichas “sentencias” no tuviesen prevista una vía ordinaria o extraordinaria que abriera una revisión judicial¹²².

Lo que decimos no es forzado ni se trata de una simple deducción. En el pronunciamiento se expresa que el hecho de tratarse de un conflicto entre particulares atinente a sus “derechos subjetivos privados” constituye una “peculiaridad” del caso que justifica apartarse de los precedentes de la Corte¹²³ y luego se insiste en que la obligatoriedad de una instancia judicial funciona siempre que estén en juego derechos, relaciones e intereses como los que se debaten en el caso¹²⁴.

Mayor sustento aporta a nuestra crítica hacia el fallo bajo estudio, el hecho de que, luego de esbozar los argumentos señalados, el Tribunal se limita, confusamente, a declarar la “... invalidez de la organización vigente de las Cámaras Paritarias de Arrendamientos y Aparcerías Rurales”¹²⁵, revocando “la sentencia apelada” y dejando “sin efecto” lo actuado en la causa¹²⁶.

¹²² Al respecto puede consultarse con provecho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a que venimos refiriéndonos en notas anteriores, sugiriendo especialmente la lectura de “Parry, Adolfo E.”, Fallos 193-408 (1942).

¹²³ Cfr. C.S.J.N., “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...”, Considerando 15° del voto de la mayoría.

¹²⁴ *Ibid.*, Considerando 20° del voto de la mayoría.

¹²⁵ *Ibid.*, Considerando 23° del voto de la mayoría.

¹²⁶ En este aspecto, entiéndase que nuestra crítica no se dirige al sentido o el contenido doctrinario de lo resuelto por la Corte, sino a la forma poco clara y, a nuestro criterio “incompleta”, con que “sentencia” el asunto bajo litigio. Por otra parte, luego del complejo análisis al que es sometida la cuestión referida a los “tribunales administrativos”, era deseable, y necesario, un desenlace mucho más categórico y convincente.

Sin embargo, lo que siempre se ha destacado en doctrina respecto del caso “Fernández Arias”¹²⁷ es haber sentado el principio de que cualquier decisión administrativa para ser constitucionalmente válida requiere, como un elemento legitimador de todo lo actuado y resuelto, que se haya instituido por lo menos una instancia judicial por apelación, en la que pueda revisarse lo decidido.

En definitiva, y como primer conclusión respecto del voto de la mayoría, el pronunciamiento recaído en “Fernández Arias” no soluciona la cuestión de fondo que se planteaba, es decir, si en nuestro derecho es posible aceptar la existencia de tribunales administrativos y si la actividad de un organismo administrativo destinada a resolver conflictos o controversias entre dos partes debe o no ser calificada como ejercicio de función jurisdiccional.

Claro que la Corte en reiteradas oportunidades – dentro del texto del fallo – hace mención a los tribunales administrativos, a los jueces administrativos y al ejercicio de función jurisdiccional, pero cuando se juzga sobre un caso tan controvertido y se utilizan términos cuya significación se encuentra confusa y debatida a nivel doctrinario y jurisprudencial, lo más prudente es aclarar y fundar debidamente cada postura que se adopta, especialmente dejando sentada sus implicancias constitucionales.

Como segunda conclusión, y aún cuando la doctrina mayoritaria y la propia jurisprudencia posterior de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo dan por sentado, se advierte que el pronunciamiento bajo análisis tampoco resuelve con solvencia y claridad, sobre si es constitucionalmente necesario el control judicial para que una decisión administrativa sea considerada válida en sus formas, más allá y sin perjuicio de su contenido. Especialmente, como se adelantara más arriba, porque si algún principio seguro puede extraerse del fallo, éste sería el siguiente: cuando la decisión administrativa sea adoptada para solucionar un conflicto entre particulares atinente a

¹²⁷ Cfr, entre otros, CASSAGNE, Derecho Administrativo..., tomo II, página 44/49 y BIANCHI, La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina..., tomo I, página 135 y ss.

sus “derechos subjetivos privados” es constitucionalmente obligatorio asegurar al menos una instancia de revisión judicial.

A esta altura del análisis, es interesante destacar que, incluso respecto de los conflictos entre particulares el voto bajo estudio es dubitativo. En efecto, expresa el Tribunal, a través del voto de la mayoría, que “... la atribución de facultades cuasi judiciales a organismos administrativos se ha considerado válida, fundamentalmente, respecto de asuntos que atañen a derechos públicos... Sería indudablemente declarada inconstitucional una ley que pretendiera poner en manos administrativas la decisión final de controversias entre particulares, con posible exclusión de ciertos diferendos laborales”¹²⁸.

Como surge claramente del texto citado, el vacilante voto de mayoría invalida exclusivamente las controversias entre particulares regidas por el derecho privado, excluyendo asuntos que atañen a derechos públicos y dejando abierta la posibilidad, incluso, de que algunos conflictos laborales entre particulares y regidos por el derecho privado puedan ser válidamente resueltos por un tribunal administrativo.

Como tercer conclusión, advertimos que el pronunciamiento termina con una sentencia sumamente confusa que declara la “invalidez” de la “organización” de las Cámaras Paritarias y “deja sin efecto lo actuado”, sin aclarar a qué se refiere la Corte y cuáles son las consecuencias de declarar la “invalidez” de una “organización” y cuáles son los pasos a seguir por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Especialmente respecto de la decisión que fuera objeto del recurso, pero también con otras que se encuentren en trámite en el ámbito de las Cámaras cuya organización quedó invalidada.

¹²⁸ Cfr. C.S.J.N., “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...”, considerando 18º del voto de la mayoría. Es oportuno destacar que lo transcrito en el texto pertenece, parcialmente, a una cita doctrinaria que la Corte hace suya, y que fuera referida por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso WILLOUGHBY (“The Constitution of the United States, tomo III, p. 1655).

En definitiva, de ninguna manera es posible deducir del pronunciamiento judicial bajo análisis - siempre refiriéndonos al voto de la mayoría - que la instancia de revisión judicial sea obligatoria en todos los casos ni que los organismos administrativos que desarrollen una supuesta función jurisdiccional deban resguardar aspectos especiales en sus formas y procedimientos.

Por el contrario, el caso “Fernández Arias” ratifica la doctrina sentada en el caso “Parry”¹²⁹, manteniendo la postura de que la instancia judicial no es necesaria para dar sustento constitucional a la decisión administrativa de tipo jurisdiccional, agregando una excepción a ese principio para el caso en que se trate de conflictos entre particulares y la legislación aplicable sea de derecho privado¹³⁰.

ii. El voto de la minoría en el fallo “Fernández Arias”

Unos párrafos aparte merece el voto de los doctores Bofii Boggero y Aberastury en el pronunciamiento recaído en el caso “Fernández Arias”, pues el mismo se construye a partir de la prohibición constitucional del artículo 95° (hoy artículo 109^a) y se introduce en el “corazón” de la cuestión debatida expresando categóricamente que “... el Poder Ejecutivo no puede ejercer funciones que son propias de los jueces...” y que “esa función entraña afirmar que el Poder Legislativo, que incluso está impedido de delegar la función típica de sancionar la ley, no puede - “a fortiori” - disponer de las que pertene-

¹²⁹ Ver al respecto el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Parry, Adolfo E...”, *passim*.

¹³⁰ Esta no es la conclusión de la doctrina mayoritaria, la cual contribuye a dar mucha más importancia y trascendencia al fallo comentado (Ver al respecto, por todos, Pedro ABERASTURY, “La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos”, *Revista Jurisprudencia Argentina. Número Especial 2005 - III, El Caso Ángel Estrada*, Nidia K. CICERO y Denise BLOCH, Coordinadoras, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, página 3).

cen al Poder Judicial, transfiriéndolas al Poder Ejecutivo en evidente transgresión constitucional”¹³¹.

Se destaca también la coherencia terminológica del voto bajo comentario, puesto que, contrariamente a lo que marcáramos respecto del voto mayoritario, existe un extremo cuidado en la terminología empleada, absteniéndose en lo posible de calificar libremente como tribunales administrativos a las Cámaras Paritarias y de referirse a sus funciones como “jurisdiccionales”. Por el contrario, en más de una oportunidad el voto se refiere a las Cámaras como “organismos administrativos”¹³² y a la función como una “función jurídica”¹³³.

El voto que comentamos hace expresa mención al requisito de la independencia, advirtiendo que “... los integrantes de esos organismos (las Cámaras Paritarias), además, son designados y removidos por el Poder Ejecutivo, no ostentando así, las garantías de inamovilidad que aseguren su independencia, ni, por tanto, el carácter de jueces naturales en el sentido constitucional. Carecen por lo tanto de esa independencia de los jueces... requeridas para defender la Constitución y todos los derechos individuales”¹³⁴. *Tampoco poseen título habilitante en derecho para ejercer una función jurídica como las que les asignan las normas impugnadas*¹³⁵.

El pronunciamiento bajo análisis significó un enorme paso adelante en la materia, especialmente al establecer un límite claro y

¹³¹ Cfr. C.S.J.N., “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...”, Considerando 5º del voto de minoría.

¹³² *Ibid.*, Considerando 12º del voto de minoría, entre otras partes del voto.

¹³³ *Ibid.*, Considerando 11º, “in fine”, del voto de minoría.

¹³⁴ Esta expresión del Tribunal actuante aparece acompañada de una cita bibliográfica referida a la clásica obra (en la cita pretoriana: HAMILTON, The Federalist, n. 78). Sobre la obra citada puede consultarse la edición del Fondo de Cultura Económica, A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, México, 1957.

¹³⁵ *Vid.* C.S.J.N., “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...”, Considerando 11º del voto de minoría (lo apuntado con “negrilla” y “cursiva” nos pertenece).

preciso al Poder Legislativo, prohibiéndole la creación de tribunales administrativos cuando se trata de cuestiones regidas por el derecho común y de controversias entre particulares, y expresando terminantemente que ello ofendería los principios y garantías establecidos en la Constitución Nacional¹³⁶.

Finalmente, es muy importante hacer notar la enorme trascendencia que el voto le atribuye a los argumentos de la “celeridad” y la “especialización”, que generalmente se utilizan para justificar la creación de tribunales administrativos, cuidándose de demostrar que tal especialización no siempre es tal y que la supuesta celeridad en muchos casos se convierte en todo lo contrario, generándose en la órbita del “tribunal administrativo” procedimientos extensos, engorrosos y repetitivos que sólo aportan confusión e inseguridad jurídica a los administrados¹³⁷. La actualidad del voto minoritario es llamativamente extraordinaria.

Fundándose en el juego de los artículos 95° (hoy 109°) y 18° de la Constitución Nacional, y como no podía ser de otro modo, el voto de minoría termina declarando la inconstitucionalidad de los artículos 46° de la Ley 13.246, 1° y 2° de la Ley 13.897 y 26 de la Ley 14.451.

Como podrá advertirse a medida que el estudio avance respecto de la evolución de la jurisprudencia reciente, la Corte Suprema fue acercándose paulatinamente a las argumentaciones y conclusiones del voto emitido por la minoría en el caso “Fernández Arias”, y no tanto al dubitativo pronunciamiento emitido por el voto mayoritario, en el mismo caso.

¹³⁶ Cfr. ABERASTURY, “La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos...”, página 3 (ver también al respecto, en C.S.J.N., “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...”, considerandos 14 y ss. del voto de minoría).

¹³⁷ Vid. C.S.J.N., “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...”, Considerando 19° del voto de minoría.

3. LOS PRINCIPIOS A RESPETAR PARA LEGITIMAR EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES A CARGO DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS

Teniendo a la vista la doctrina judicial construida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de los pronunciamientos analizados, y, fundamentalmente haciendo honor a la respetada doctrina administrativa construida a partir de tales pronunciamientos, las normas legales y reglamentarias dictadas con posterioridad procuran – en mayor o menor medida – atender las distintas argumentaciones y no incurrir en contradicciones.

Así es como, cuando a principios de la década del noventa aparecen las primeras normas estableciendo los “marcos regulatorios” para los servicios públicos esenciales, en el contexto de la denominada “reforma del Estado”, documentos en los cuales, entre otros asuntos, se formaliza la creación de los entes reguladores de servicios públicos, la legislación dictada se ocupa especialmente de aclarar que, a pesar de desempeñar estos últimos “funciones jurisdiccionales”¹³⁸, ese tipo de decisiones están sujetas a un recurso judicial, específicamente ante la Cámara de Apelaciones Contencioso – administrativo Federal.

No obstante ello, y como prueba de la ausencia de una noción clara y uniforme acerca de los entes reguladores y del ejercicio de la función de regulación económica, conceptos respecto de los cuales se adolecía al momento de redactar y aprobar la normativa legal citada, advertimos que existe un disímil tratamiento respecto de las condiciones para el agotamiento de la instancia administrativa¹³⁹. Todo

¹³⁸ Es importante advertir, para lo que se verá más adelante, que las leyes en ningún momento les atribuyen naturaleza de “tribunal administrativo” a los entes reguladores.

¹³⁹ En el caso del E.N.R.E. la Ley N° 24.065 establece en su artículo 76 que “Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrati-

ello, además, es otra prueba de la confusión reinante sobre el tema, aún después de la cuantiosa y frondosa jurisprudencia construida especialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, aparentemente el legislador había estudiado o advertido sólo una parte de la lección que la historia constitucional le brindaba, pues todo hace pensar que, al momento de redactar y sancionar los “marcos regulatorios” para los servicios esenciales, no se tuvo en cuenta correctamente la doctrina sentada en el voto de minoría del pronunciamiento del caso “Fernández Arias”¹⁴⁰.

Por el contrario, la letra y el espíritu de los “marcos regulatorios” dictados respecto de los servicios esenciales, apenas si siguen las líneas trazadas por el confuso voto mayoritario del pronunciamiento referido, del cual sólo puede extraerse, y no sin un previo esfuerzo de sistematización, el principio del control judicial suficiente, que consistía, como expresáramos más arriba, en asegurar siempre al menos una instancia judicial, pero omitiendo los aspectos más importantes, referidos a la independencia y especialización que debía resguardarse respecto de los organismos administrativos a cargo de la resolución de controversias.

La doctrina especializada se ocupó en distintas ocasiones de analizar la denominada “reforma del Estado” sucedida durante la primera mitad de la década del noventa, adentrándose y haciendo

vo Federal” y en el caso del E.Na.R.Gas la Ley N° 24.076 dispone en su artículo 66° 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. Las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal. El recurso deberá interponerse fundado ante el mismo ente dentro de los quince (15) días de notificada la resolución. Las actuaciones se elevarán a la cámara dentro de los cinco (5) días contados desde la interposición del recurso y ésta dará traslado por quince (15) días a la otra parte”.

¹⁴⁰ Cfr. C.S.J.N., “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...”, *passim*.

especiales referencias y apreciaciones respecto de los entes reguladores¹⁴¹, lo cual ha permitido comenzar la construcción de una verdadera doctrina jurídica y económica sobre tales organismos, incluso, también debemos destacar que se produjo un importante avance institucional y normativo, especialmente en el dictado de los ya referidos marcos regulatorios de servicios públicos, los cuales han generado un marco de seguridad jurídica importante. Obviamente, esto último, sólo en la medida que se los respeta¹⁴².

Sin embargo, respecto de la función atribuida a los entes reguladores para resolver controversias entre actores del mercado bajo regulación, teniendo en cuenta la polémica y confusa situación doctrinaria y jurisprudencial que expusimos como existente sobre el tema durante el siglo XX, cabe concluir en que, al crear los entes reguladores de servicios públicos omitiendo atender especialmente a la referida situación de debate, se ha perdido una buena oportunidad para incorporar algunos requerimientos básicos. De ese modo, seguramente se habrían atenuado o evitado nuevos debates y polémicas, asegurando que tales organismos puedan ejercer sus competencias sin fundadas oposiciones y en el marco de un mayor consenso.

¹⁴¹ Puede verse entre otros: Juan Carlos CASSAGNE, *Intervención Administrativa*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994 y, del mismo autor, "La transformación del Estado", en *Revista Jurídica La Ley 1990-E-898*; Rubén Miguel CITARA, *El servicio público*, parte I, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1995; Alberto Manuel GARCIA LEMA, *La reforma por dentro (La difícil construcción del consenso constitucional)*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1994; Rodolfo Carlos BARRA, "La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, año 3, 1991; Julio Rodolfo COMADIRA, "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al E.N.R.E., E.Na.R.Gas, ETOSS y CNT)", en *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1996, especialmente páginas 217 a 250; Alejandro PEREZ HUALDE, *El concesionario de servicios públicos privatizados*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.

¹⁴² Ver y ampliar en Daniel NALLAR, *El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico de la transformación del Estado, las privatizaciones y los entes regulatorios*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, capítulo II.

La pregunta obligada que nos planteamos, en este marco, procura esclarecer si la lección que la minoría de “Fernández Arias”¹⁴³ había esbozado fue omitida premeditadamente o simplemente pasó inadvertida a la vista de quiénes debieron conformar las normas de creación y funcionamiento de los referidos entes reguladores.

La respuesta a este interrogante no es superficial, pues aparece como esencial a la hora de decidir si es conveniente impulsar una adecuación normativa conciliadora con los requerimientos sugeridos por el voto minoritario de “Fernández Arias”, con lo cual los entes reguladores adquirirían verdadera independencia funcional y especialización técnica, o si es mejor orientar dicha adecuación normativa hacia una supresión de potestades o funciones a dichos organismos, específicamente, aquellas que los legitiman para resolver controversias entre actores del mercado bajo regulación.

Para una respuesta completa es conveniente refrescar los principios sentados en el mencionado voto, y, en tal sentido, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) el sistema constitucional argentino reposa en el principio de la división o separación de poderes, uno de cuyos extremos consiste en la prohibición de que el Ejecutivo, por sí o mediante resoluciones emanadas de organismos que actúen en su órbita, ejercite o realice funciones judiciales¹⁴⁴;

b) cuando un organismo administrativo dilucida cuestiones entre particulares, regidas por normas de derecho común, realiza funciones de indiscutible carácter judicial y sus integrantes deciden como si fueran jueces¹⁴⁵;

c) los integrantes de organismos administrativos no ostentan las garantías de inamovilidad e independencia que indefectiblemente debe asegurarse respecto de los jueces naturales¹⁴⁶;

¹⁴³ Cfr. C.S.J.N., “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...”, *passim*.

¹⁴⁴ *Ibid.*, Considerando 6º del voto de minoría.

¹⁴⁵ *Ibid.*, Considerando 10º del voto de minoría.

¹⁴⁶ *Ibid.*, Considerando 11º del voto de minoría.

d) los integrantes de organismos administrativos a cargo de tales funciones jurisdiccionales, deben poseer título habilitante en derecho para ejercer una función jurídica, como lo es dilucidar cuestiones controvertidas¹⁴⁷;

e) el carácter común de las normas no depende de que se encuentren en uno de los códigos mencionados en la Constitución Nacional, ni la especialidad de determinada materia implica necesariamente que se esté fuera del ámbito del derecho común¹⁴⁸;

f) es preferible la resolución fundada y reflexiva de un asunto, a la rapidez, sin perjuicio de la importancia de ésta última. La creencia de que un tribunal administrativo, al verse libre de restricciones procesales, será más ágil que un tribunal judicial es infundada. Un juez, con restricciones procesales, puede resolver más rápido un asunto que un funcionario sin capacidad ni interés¹⁴⁹.

Al momento de definir la normativa que daría lugar al nacimiento de los entes reguladores de servicios públicos, el Poder Legislativo conocía - o debía conocer - los requerimientos legales e institucionales, cuya ausencia, años más tarde, daría lugar a frondosos debates doctrinarios, a una consecuente e intensa actividad jurisprudencial, a través de los tribunales inferiores y la misma Corte Suprema¹⁵⁰, y, lo más grave, a la incertidumbre de millones de usuarios, cuando debían determinar - o mejor dicho "descubrir" - el ámbito, el lugar y el organismo donde acudir para ejercer los derechos que la nueva normativa les había atribuido¹⁵¹.

¹⁴⁷ *Ibid.*, Considerando 11º, "in fine", del voto de minoría.

¹⁴⁸ *Ibid.*, Considerando 17º del voto de minoría.

¹⁴⁹ *Ibid.*, Considerando 19º del voto de la minoría, párrafos 3, 4, 5 y 6.

¹⁵⁰ Al respecto, nos remitimos al análisis que realizamos más adelante.

¹⁵¹ Lo más insólito, desafortunadamente, es que tales derechos eran enunciados y enumerados en los mismos marcos regulatorios donde se crearon los entes reguladores, e incluso, algunos años más tarde serían agregados particularmente (aunque confusamente) a la Constitución Nacional (reforma de 1994).

En los años subsiguientes al dictado de los marcos regulatorios, con el inicio de la actividad de los entes reguladores, paulatinamente los argumentos que intentaban validar la conveniencia de supuestos “tribunales administrativos”, es decir especialización y celeridad en la resolución de determinadas controversias, se desmoronaban rendidos y humillados ante un sistema atiborrado de incertidumbres y contradicciones que generaban significativos retrasos y una comprometedoras sensación de “denegación de justicia”. Todo ello porque, con absoluta negligencia, se comete el inexplicable error de calificar, en los textos legales, la actividad de resolución de controversias encomendada a los entes reguladores como “ejercicio de función jurisdiccional”¹⁵².

La ausencia de un desarrollo normativo adecuado respecto de las funciones encomendadas a los entes reguladores, daría lugar inmediatamente a un intenso debate doctrinario y a un marco de profunda inseguridad jurídica que sólo contribuiría a oscurecer todo lo bueno y novedoso que contiene el régimen de regulación establecido, desestabilizando institucionalmente el sistema de prestación construido respecto de los servicios públicos.

No obstante ello, poco tiempo después de la creación legal de los entes reguladores, se produjo una nueva ocasión para esclarecer la cuestión suscitada sobre sus funciones y su naturaleza. La reforma constitucional de 1994 aparecía como la “gran oportunidad” de acomodar el sistema, mediante la inclusión de principios sólidos jurídicamente e inobjetable institucional y constitucionalmente.

Sin embargo, tanto los debates previos de la Convención Constituyente como el texto resultante e incluido como cláusula constitucional, apenas sirven para elucubrar, sin demasiados fundamentos, una conclusión contraria a la constitucionalidad de los “tribunales administrativos” y de los organismos administrativos autorizados para ejercer funciones de naturaleza jurisdiccional.

¹⁵² Nos referimos, en general, a los denominados “marcos regulatorios” de los distintos servicios públicos, normativas que más adelante estudiaremos en particular y analizaremos especialmente.

En efecto, el artículo 42° de la Constitución reformada prevé que “... la legislación establecerá procedimientos ágiles para la prevención y solución de conflictos...”, lo cual, a nuestro entender, deja claro que el Constituyente no ampara la existencia de organismos administrativos que ejerzan funciones jurisdiccionales sino que ordena simplemente que se aseguren procedimientos “ágiles” frente a eventuales conflictos.

A partir de la confusa e insostenible realidad normativa, tanto constitucional como legal y reglamentaria, es nuevamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación quién asume la responsabilidad institucional de establecer criterios y principios que conduzcan a un esclarecimiento del asunto planteado.

4. EL FALLO “LITORAL GAS”

La oportunidad potencial que la Corte merecía para corregir tantas imprecisiones pasadas y para cerrar definitivamente la incertidumbre histórica sobre la constitucionalidad de los “tribunales administrativos” finalmente se hizo presente en la causa Litoral Gas¹⁵³, pronunciamiento a partir del cual el Alto Tribunal empieza a transitar el camino final sobre el tratamiento de las cuestiones de fondo.

Así es como, en el fallo referido se demarca con relativa sutileza y precisión el ejercicio de las competencias atribuidas al Ente Nacional Regulador del Gas (en adelante E.Na.R.Gas) en la Ley 24.076, y ubicando jurídica y constitucionalmente tres cuestiones pendientes, a saber: a.- que la exigencia de control judicial suficiente también rige respecto de los entes reguladores; b.- que sus competencias se limitan a cuestiones referidas a la materia específica que la ley quiso sujetar a un previo debate administrativo y; c.- que el E.Na.R.Gas no puede considerarse un “tribunal administrativo” por carecer sus directores de las garantías formales de independencia y neutralidad.

¹⁵³ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Litoral Gas S.A. v. E.Na.R.Gas - Res. N° 29/94”, Causa L. 25. XXXIII, Fallos 321:776 (1998).

En el caso ahora bajo estudio se trataba la resolución 29 del 21 de octubre de 1994, por la cual el E.Na.R.Gas había autorizado a la Cooperativa de Provisión de Obras y Servicios Públicos Asistenciales, Vivienda y Crédito Setúbal Ltda. a ejercer provisoriamente - bajo determinadas condiciones - la sub distribución del gas en el sector I de la llamada etapa III-Setúbal.

Contra la mencionada resolución la empresa Litoral Gas S.A. - licenciataria habilitada por el decreto 2455/92 para la distribución del gas en la zona-, dedujo el recurso de “apelación” contemplado en el artículo 66, párrafo 2º, de la ley 24.076. La resolución fue confirmada por el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y, contra esta sentencia, la licenciataria interpuso el recurso extraordinario, que fue concedido.

En el voto de mayoría¹⁵⁴ - compartido en este aspecto por el voto de minoría - la Corte justifica el “... ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos...” - de manera genérica y sin hacer referencias específicas - en la “... mayor protección de los intereses públicos mediante el aprovechamiento de la experiencia administrativa en la decisión judicial que finalmente se adopte...”¹⁵⁵.

En este marco, establece el Tribunal - ahora sí específicamente respecto de las competencias del E.Na.R.Gas -, los siguientes criterios o parámetros para el juzgamiento de su actuación:

i. la actuación de tales entes u órganos ha sido siempre condicionada a limitaciones constitucionales que surgen del artículo 109º

¹⁵⁴ La Corte sustenta esta parte del fallo - entre otros pronunciamientos anteriores - en lo resuelto en la causa Di Salvo, Octavio s/ hábeas corpus (Colección de Fallos 311:334 (1988), donde se había expresado que “entre las limitaciones que se han establecido a la actividad jurisdiccional de los organismos administrativos figura, ante todo, la que obliga a que sus pronunciamientos queden sujetos a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absoluto discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior” (considerando 7º).

¹⁵⁵ Cfr. C.S.J.N., “Litoral Gas S.A. v. E.Na.R.Gas - Res. N° 29/94...”, Considerando 6º.

de la Constitución Nacional y de la garantía consagrada en el artículo 18° de la misma Ley Fundamental, tales como la exigencia de dejar expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente;

ii. también de los artículos constitucionales referenciados surge la limitación que se deriva de la materia específica que la ley sometió al previo debate administrativo;

iii. las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para la actuación del E.Na.R.Gas en la ley 24.076, sobre designación y remoción de sus directores, no alcanzan para “categorizarlo” como tribunal administrativo y;

iv. las competencias del E.Na.R.Gas deben ser ejercidas con las limitaciones que surgen del artículo 66° de la Ley 24.076, es decir, “toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados... con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas”¹⁵⁶.

La Corte se propone, tal como lo manifiesta expresamente en el Considerando 20° del pronunciamiento bajo comentario, clarificar “...pautas para el ejercicio de la misión por el E.Na.R.GAS, a fin de perfeccionar situaciones preexistentes en forma respetuosa de los derechos subjetivos involucrados, sin perjuicio, claro está, de la revisión judicial posterior”.

En este sentido, podría decirse que la Corte reafirma los dos criterios que eran previsibles se trataran en el fallo puesto que habían sido expuestos con anterioridad, como son el control judicial suficiente y las condiciones de independencia y neutralidad en el órgano actuante, pero agrega el requerimiento de la especialidad, es decir, que la cuestión sobre la cual se expidió el órgano administrati-

¹⁵⁶ Los cuatro criterios enumerados aparecen en el Considerando 6° del voto mayoritario del pronunciamiento bajo estudio, destacando que - en la práctica - es una opinión unánime del Tribunal puesto que el voto de minoría compartió las consideraciones 1° a 9° del voto de mayoría.

vo sea de la materia que la ley quiso atribuirle en razón de los fines que se le encomendaron y de la especialidad de sus integrantes.

Respecto del último requerimiento mencionado, la especialidad, el pronunciamiento establece los límites de la actuación del ente regulador al expresar que el marco propio de la revisión judicial “... consiste en la decisión relativa a la continuidad en la prestación del servicio por parte de un subdistribuidor, en la zona adjudicada a la licenciataria de la distribución, decisión que el E.Na.R.GAS ha sustentado -entre otras normas- en el art. 16 de la ley 24.076. Ello comporta dirimir un conflicto a los fines y con el alcance de la prestación del servicio, pero no obsta a un debate definitivo que, sustentado en el mismo marco legal, comprometa los respectivos derechos de propiedad de las partes involucradas. Ello significa que está fuera de debate, por corresponder a la jurisdicción judicial plena, lo atinente a la propiedad de las obras e instalaciones -pues entrañaría una suerte de ejercicio encubierto de acción expropiatoria- o lo atinente a la responsabilidad del otorgante de la licencia en las condiciones de servicio que se determinarán en este litigio”¹⁵⁷.

“Este alcance - continua la Corte - surge de las funciones y objetivos del ente regulador (arts. 50, 2 y 52 de la ley 24.076) y es coherente no sólo con el principio básico contenido en el art. 109 de la Constitución Nacional, sino con la cláusula de competencia inserta en el anexo I del decreto 2455, "Reglas básicas de la licencia", que dice: (art. 16.2) "Para todos los efectos derivados de la presente licencia en su relación con el otorgante, la licenciataria se somete a la competencia de los tribunales en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal. En las controversias con otras partes relativas a la licencia, será competente la justicia federal”¹⁵⁸.

Como puede advertirse claramente - y “que se advierta” es la evidente intención de la Corte - sin perjuicio de rechazarse final-

¹⁵⁷ Cfr. C.S.J.N., “Litoral Gas S.A. v. E.Na.R.Gas - Res. N° 29/94...”, Considerando 7°.

¹⁵⁸ *Ibid.* Considerando 7°.

mente el recurso de Litoral Gas y confirmarse la sentencia de Cámara que había confirmado a su vez la Resolución emitida por el E.Na.R.Gas, el pronunciamiento procura señalar con énfasis que la confirmación de la sentencia de Cámara y por tanto de la Resolución recurrida se realiza en virtud de que la materia tratada en la misma forma parte de las competencias del ente regulador pues “comporta dirimir un conflicto a los fines y con el alcance de la prestación del servicio”.

En definitiva lo que la Corte decide en Litoral Gas es que la decisión del conflicto relativo a la venta y adquisición de las instalaciones de distribución de gas, por importar una determinación sobre el derecho de dominio sobre éstas, se halla excluida de la jurisdicción especial atribuida al Ente Nacional Regulador del Gas, con lo cual el más Alto Tribunal deja en claro que no debe considerarse un pronunciamiento genérico y de efectos indeterminados para casos futuros sino que en cada caso deberá analizarse, y fundamentarse debidamente, que la materia de las decisiones administrativas forma parte de las competencias especialmente atribuidas al ente regulador, como condición inexcusable para su constitucionalidad.

Sin embargo, el pronunciamiento de la Corte en el caso bajo análisis carece del tratamiento de las cuestiones más importante que se presentan en el ejercicio de la función de regulación, es decir, cuáles son las competencias atribuidas a los entes reguladores y como deben conceptuarse las potestades que tienen para ejercerlas en el marco de la actividad regulatoria.

Claro que ello exigiría un enjundioso análisis sobre el concepto de “regulación” y especialmente sobre la naturaleza que debe atribuirse a los entes reguladores, así como también sería inevitable un profundo razonamiento sobre la cláusula 42° de la Constitución Nacional que ordena prever procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.

En otro orden, y al sólo efecto de avanzar someramente sobre cuestiones que tratamos en detalle más adelante, advertimos que, sin demasiados fundamentos ni explicaciones, el fallo bajo comentario

acepta la viabilidad legal y constitucional de los “tribunales administrativos”, si bien le niega dicha naturaleza al E.Na.R.Gas.

En efecto, ello surge claramente cuando la Corte expresa que la ausencia de condiciones de independencia y neutralidad impide calificar como tribunal a dicho organismo¹⁵⁹. ¿Debemos concluir entonces que la existencia de niveles óptimos de independencia y neutralidad alcanza para calificar un organismo administrativo como “tribunal”?; ¿si una ley asegurara las condiciones de independencia y neutralidad al directorio del E.Na.R.Gas, podríamos decir que se convertiría, para la Corte, en un tribunal administrativo”?.

Por otra parte, también la Corte Suprema atribuye a la Resolución del E.Na.R.Gas impugnada, el carácter de acto emitido en ejercicio de “facultades jurisdiccionales”, cuando en realidad la Ley 24.076 - y sólo refiriéndose a las resoluciones de controversias a cargo del mencionado ente regulador - se refiere a ellas como “decisiones de naturaleza jurisdiccional”¹⁶⁰. ¿Debemos suponer entonces que la Corte asimila las “decisiones de naturaleza jurisdiccional”, que menciona la Ley 24.076, con el ejercicio de “facultades jurisdiccionales”?; ¿es posible afirmar sin mayor análisis que en todos los casos en que un ente regulador resuelve controversias está ejerciendo “facultades jurisdiccionales”?

Buscar respuestas fundadas jurídicamente y convincentes, es el objetivo a alcanzar en adelante. Por ello, todos estos interrogantes serán tenidos en cuenta para el siguiente análisis, que incurre sobre otro caso judicial, donde el Alto Tribunal tiene oportunidad de expedirse respecto del tema bajo tratamiento. Luego, las mismas preguntas se convertirán en el objeto a esclarecer, cuando se profundice sobre el concepto de “regulación”, el ejercicio de la “función de regulación” y respecto de la naturaleza y alcance de los actos emitidos por los entes reguladores de servicios públicos.

¹⁵⁹ *Ibid.* Considerando 6°.

¹⁶⁰ Ver artículo 66° de la Ley 24.076 y su decreto reglamentario.

5. EL FALLO “ESTRADA”

a) Los hechos y breve síntesis del fallo de Cámara

Contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que - con el voto mayoritario de los jueces Buján y Licht - declaró la nulidad de la resolución 229/95 del Ente Nacional Regulador de la Energía (E.N.R.E., en adelante), la cual fuera confirmada por la resolución 71/96, de la Secretaría de Energía y Puertos del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, tanto la Secretaría mencionada como el E.N.R.E. dedujeron recursos extraordinarios. La sentencia de Cámara además ordenó que el E.N.R.E. sustancie el reclamo formulado por Ángel Estrada S.A contra una empresa distribuidora de electricidad bajo regulación del E.N.R.E., para que se le reparen los daños y perjuicios ocasionados por un prolongado corte del suministro de energía eléctrica.

En la Resolución E.N.R.E. 229/95 se había rechazado el reclamo de indemnización de los daños y perjuicios planteado en sede administrativa contra Edesur S.A., con motivo de las interrupciones en el suministro de energía eléctrica y el suministro en niveles de tensión insuficientes para poner en funcionamiento diversas máquinas.

Al dejar sin efecto la Resolución 299/95, el “tribunal de alzada” dispuso que las actuaciones administrativas fueran devueltas al ente regulador para que éste, en ejercicio de la jurisdicción que le confiere el artículo 72, segundo párrafo, de la ley 24.065, procediera a la determinación de la cuantía de la reparación reclamada por la demandante en concepto de alquiler de equipo electrógeno y sueldos abonados al personal¹⁶¹.

La Cámara de Apelaciones entendió que, por aplicación del Marco Regulatorio Eléctrico y del contrato de concesión celebrado

¹⁶¹ Cfr. Considerando I, párrafo 2º del fallo de la Corte bajo comentario.

entre el Estado Nacional y la empresa prestataria del servicio de distribución de energía eléctrica, ésta última debía responder por la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la irregular prestación del servicio a su cargo. En definitiva, podría decirse que de la lectura del pronunciamiento es posible extraer la siguiente conclusión: determinada la responsabilidad del prestador del servicio por la normativa vigente y declarada formalmente por un órgano judicial, la cuantía de la indemnización a reconocer corresponder sea realizada por el E.N.R.E., como organismo administrativo técnico.

El Juez Buján, uno de los magistrados que integró la postura mayoritaria del tribunal, consideró necesario discernir si el E.N.R.E. tiene facultades para conocer en una pretensión de daños y perjuicios o si su competencia se limita a aplicar las sanciones previstas en el contrato de concesión. Al respecto sostuvo, con cita del artículo 42° de la Constitución Nacional, que los usuarios tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y que tal “derecho” implica un “deber”, atribuible tanto a las “autoridades” del Poder Legislativo como Ejecutivo y Judicial.

Con sustento en el artículo 72° de la ley 24.065, consideró el magistrado cuyo voto se analiza, que el E.N.R.E. es competente para resolver la controversia, porque el hecho que dio origen al reclamo tiene estricta relación con las competencias que le han sido atribuidas. Nos interesa destacar algunos aspectos de éste voto que más adelante servirán para analizar en general el alcance de las competencias de los entes reguladores.

En primer lugar, se advierte que en el caso bajo estudio, donde se debate la competencia del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, la Cámara permite el ingreso del mencionado organismo como tercero interesado en la litis. Respecto de este dato, que suele pasar inadvertido, la Cámara invoca como fundamento razones de interés público “... que al Ente le corresponde preservar en razón de su eventual influencia sobre la política regulatoria que él debe ejecutar”.

Esta expresión, como se verá más adelante, es una muestra cabal de que el tribunal tenía muy en claro algunas nociones técnicas y económicas de la función atribuida a los sujetos reguladores, sólo tratadas en la doctrina altamente especializada.

El hecho que destacamos tiene una sola explicación desde la lógica jurídica, y es que la doctrina de la Cámara si bien conlleva a una atribución amplia de competencias al ente regulador, especialmente para la resolución de controversias, no implica necesariamente atribuirle naturaleza de “tribunal administrativo” ni calificar su actividad como “ejercicio de función jurisdiccional”, pues de ser así, no correspondería en buen derecho citarlo como “tercero interesado”. Sobre esta reflexión volvemos con insistencia más adelante.

Luego de hacer referencia a los objetivos encomendados al E.N.R.E. en el artículo 2° de la Ley 24.065, agrega el voto bajo estudio que “... Es en el marco de ello, y teniendo en cuenta que se le impone a ese organismo la obligación de llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir esos objetivos del artículo 2°¹⁶², que debe interpretarse el alcance de las funciones y facultades de regulación, control y fiscalización que se enumeran en el artículo 56° de la ley, entre ellas, las de aplicar las sanciones previstas en la ley, sus reglamentaciones y en los contratos de concesión (inc. O), debiendo ser engarzada en esa finalidad la prerrogativa que se le acuerda por el artículo 72° de la ley para decidir las específicas controversias que se susciten en la materia. En definitiva, entonces, la intervención previa del ente regulatorio está dirigida a la obtención de finalidades y, a esos efectos, la ley lo ha dotado de los medios que consideró adecuados para que las lograra”¹⁶³.

El voto abunda en referencias al “interés público” que debe resguardar el regulador, a la “política regulatoria” que debe ejecutar,

¹⁶² Véase Artículo 54°, ley 24.065.

¹⁶³ Cfr. Cámara Nacional Contencioso - Administrativo Federal, sala I, octubre 15-1999. - Angel Estrada y Cia., S.A. c. Resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos, *Revista Jurídica La Ley*, 2000-E-527 (1999), voto del Dr. Buján, especialmente considerando III y nota 18.

a la obligación de llevar a cabo todas las “medidas necesarias” para cumplir sus objetivos y a la intervención del regulador dirigida a obtener “finalidades”, para lo cual se le ha dotado de potestades y competencias.

Por su parte, el Juez Licht, el otro magistrado que integró la mayoría, se inclinó por la competencia del E.N.R.E. en virtud de relacionarse los hechos con la prestación -o su falta- del suministro de energía eléctrica, pues la expresión "toda controversia" contenida en el precitado artículo 72° no permite limitarla a algunas y excluirla de otras. Por ello, descartó la existencia de un vicio en la competencia del órgano que dictó el acto recurrido.

Asimismo, en el voto del Juez Licht, ahora bajo análisis, se entiende que, para determinar si la relación usuario-concesionario es legal, reglamentaria o contractual, hay que diferenciar si el servicio es *uti singuli* o *uti universi* y, en el primer caso, si es obligatorio o facultativo y, por lo tanto, contractual, de derecho privado principalmente. Todo ello, entiende el Magistrado, sin perjuicio de los principios y normas de derecho público aplicables en razón de la calidad de servicio público de la actividad en cuestión.

Como conclusión de la indagación expuesta en último término, y conforme se extrae del voto, las normas establecen el carácter contractual de la relación usuario-distribuidora. Sin embargo, también se reflexiona diciendo que, aun cuando se asigne carácter predominantemente de Derecho Administrativo a la relación jurídica que se constituye entre la distribuidora y los usuarios, ante la ausencia de preceptos de Derecho Público que contemplen específicamente la cuestión, serían aplicables, de modo supletorio, las normas del Derecho común.

El magistrado que votó en minoría, Dr. Pedro Coviello, señaló que el E.N.R.E. posee facultades para discernir controversias del tipo de la planteada en autos e imponer sanciones¹⁶⁴, “facultades” estas

¹⁶⁴ El voto del Dr. Coviello funda su postura, en este aspecto, en los artículos 56 inc. o y 78 de la Ley 24.065 (CNCont. - Adm. Fed., sala I, octubre 15-1999. - Angel Estrada y Cía..., voto del Dr. Coviello, *passim*).

que se encuentran circunscriptas a la comprobación de la falta y a la determinación de su monto, conforme a las pautas técnicas establecidas en el contrato de concesión¹⁶⁵.

Ahora bien, en una lucida visión de la función de regulación y de las tareas encomendadas a los entes reguladores, no tan lejana, en este sentido, a la de sus colegas del Tribunal, considera implícitamente el Juez Coviello que corresponde distinguir entre la facultad atribuida a un órgano administrativo para “resolver controversias” de la facultad para evaluar daños, cuantificarlos y reconocer la obligación de indemnizar. Lo primero estaría permitido, lo segundo no.

De este modo, surge del voto minoritario que el E.N.R.E. no puede reconocer indemnizaciones por daños y perjuicios, y que ello no perjudica ni desmedra las potestades atribuidas a dicho ente regulador, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 72° de la ley 24.065, en cuanto alude a “toda controversia”, y máxime cuando la admisión de facultades jurisdiccionales de los entes es de carácter restrictivo, tal como lo indicó la Corte en otra oportunidad¹⁶⁶.

b) El derecho

Para un mejor entendimiento del tema bajo debate en el pronunciamiento que se analiza en este título, corresponde primeramente referir y citar, en su caso, las normas vigentes respecto de la creación, composición, funcionamiento y competencias de los entes reguladores de servicios públicos, específicamente las que se refieren al E.N.R.E., por tratarse del organismo emisor del acto sobre el cual se genera la discusión de fondo.

¹⁶⁵ En el texto del voto bajo comentario se citan los Numerales 2, 2.1, 2.2., 3, 3.1., 3.2., del Subanexo 4 del Contrato de Concesión (*Ibid. passim*).

¹⁶⁶ Cita como fundamento el Juez Coviello, en general, el pronunciamiento de la Corte Federal analizado más arriba, recaído en “Litoral Gas S.A. v. E.Na.R.Gas - Res. N° 29/94...”.

En este sentido establece la Ley 24.065¹⁶⁷ en su Capítulo XIV (Procedimientos y control jurisdiccional) que “En sus relaciones con los particulares y con la administración pública, el ente (Ente Nacional Regulador de la Electricidad) se regirá por los procedimientos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias, con excepción de las materias contempladas expresamente en la presente ley”¹⁶⁸. Es decir, la norma citada establece la plena aplicación de la normativa sobre acto y procedimiento administrativo a todas las relaciones jurídicas que el E.N.R.E. entable, sea con personas públicas o privadas.

Por su parte, el artículo 72 de la misma Ley dispone que “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 (E.N.R.E.). 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”.

Al reglamentar el artículo 72° citado, el Poder Ejecutivo Nacional establece que los “Los actos que emita el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD, como consecuencia de las facultades otorgadas en el Artículo 72 de la Ley N° 24.065, serán de índole jurisdiccional”¹⁶⁹. Una expresión o calificación jurídica absolutamente innecesaria e inútil a los fines de lo ya establecido en la Ley que se reglamentaba, pues esta última se ocupa también de establecer los modos y procedimientos para recurrir las resoluciones del ente regulador.

¹⁶⁷ Régimen Nacional de la Energía Eléctrica, sancionado el 19 de Diciembre de 1991, promulgado parcialmente el 3 de Enero de 1992 y publicado en Boletín Oficial el 16 de enero de 1992.

¹⁶⁸ Vid. Ley 24.065, Artículo 71°.

¹⁶⁹ Cfr. Artículo 72°, Decreto N° 1398/92, del 6 de agosto de 1992, que aprueba la Reglamentación de la ley N° 24.065.

En efecto, la misma Ley sobre la cual tratamos establece también que “Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal¹⁷⁰”. Todo lo cual demuestra el innecesario exceso en que incurre la reglamentación al arriesgar “calificaciones jurídicas” respecto de las funciones del ente regulador.

La norma reglamentaria del artículo citado en último término, establece que “Los Recursos de Alzada que se interpongan contra las resoluciones del ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD serán resueltos, en forma definitiva, por la SECRETARIA DE ENERGÍA ELÉCTRICA, quedando agotada con su pronunciamiento la vía administrativa. A los efectos de determinar los alcances del contralor de la SECRETARIA DE ENERGÍA ELÉCTRICA, con respecto a cada uno de los actos del citado Ente que fueren recurridos, aquélla deberá, previamente, caracterizar el acto, según sea o no de naturaleza jurisdiccional¹⁷¹”.

Sin perjuicio de no ser objeto principal de la contienda judicial bajo estudio, consideramos útil tener en cuenta también lo establecido por la Ley 24.076¹⁷² respecto del Ente Nacional Regulador del Gas (en adelante E.Na.R.Gas), puesto que, de manera directa o indirecta, el pronunciamiento resultante del caso “Ángel Estrada” es aplicable también al ente regulador referido en último término, tanto por las semejanzas normativas entre el marco regulatorio aprobado mediante Ley 24.065 y el aprobado por Ley 24.076, como también por las notables similitudes entre las competencias atribuidas al E.N.R.E. y al E.Na.R.Gas.

¹⁷⁰ Vid. Ley 24.065, Artículo 76°.

¹⁷¹ Cfr. Artículo 76°, Decreto N° 1398/92.

¹⁷² Marco Regulatorio del servicio público de transporte y distribución de gas natural, sancionado el 20 de Mayo de 1992 y promulgado parcialmente el 9 de Junio de 1992.

En tal sentido dispone la Ley 24.076 en su Capítulo XI sobre Procedimientos y Control Jurisdiccional que “En sus relaciones con los particulares y con la administración pública, el Ente Nacional Regulador del Gas se regirá por los procedimientos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias, con excepción de las regulaciones dispuestas expresamente en la presente ley”¹⁷³.

Por su parte, y en lo que aquí interesa, establece el artículo 66° de la misma Ley 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. Las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal. El recurso deberá interponerse fundado ante el mismo ente dentro de los quince (15) días de notificada la resolución. Las actuaciones se elevarán a la cámara dentro de los cinco (5) días contados desde la interposición del recurso y ésta dará traslado por quince (15) días a la otra parte”.

Al reglamentar las normas citadas de la Ley 24.076, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso respecto de los artículos 65° y 66° de la mencionada Ley, entre otras cuestiones¹⁷⁴, que “... los procedimientos que adopte el Ente para la solución de controversias o investigación de denuncias establecerán lo necesario para: a) impedir la tramitación de denuncias manifiestamente improcedentes, o cuya entidad no justifique el dispendio de actividad administrativa; b) acumular en un solo expediente todas las denuncias que puedan tramitar en forma simultánea y que puedan dar lugar a decisiones contradictorias siempre que ello ni implique retrotraer el estado de las actua-

¹⁷³ *Ibid.*, Artículo 65°.

¹⁷⁴ Cfr. reglamentación de los artículos 65° a 70°, efectuada mediante Decreto 1.738/92, del 18 de setiembre de 1992.

ciones; c) evitar que se juzgue al imputado más de una vez por la misma infracción; d) las costas y gastos que insuma la impugnación y la defensa corran por su orden”¹⁷⁵.

Asimismo se establece que “El recurso previsto en el Artículo 66 de la Ley será concedido libremente y al sólo efecto devolutivo¹⁷⁶ y que “... no será necesario agotar la vía administrativa si por la índole de la cuestión controvertida, y los actos precedentes del Ente, la voluntad administrativa contraria a la posición sustentada por el interesado es conocida, resultando tal procedimiento una inútil demora...”, lo cual será aplicable siempre que no existan cuestiones de hecho controvertidas¹⁷⁷.

Por otra parte se autoriza al Ente Regulador para dictar “... las normas de procedimiento que se aplicarán a la resolución de las controversias previstas en el Artículo 66 de la Ley...” las cuales pueden incluir requerimientos que procuren la brevedad y síntesis de las presentaciones de los particulares a los efectos de facilitar su consideración por el Ente¹⁷⁸ y se excluye la procedencia del recurso de alzada contra las decisiones adoptadas en el marco de la resolución de controversias previstas en el artículo 66° de la Ley 24.076¹⁷⁹.

c) El voto de la mayoría en Estrada

i. La cuestión terminológica

Desde siempre las cuestiones y debates sobre la existencia y constitucionalidad de los tribunales administrativos, y el eventual ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos, estuvieron “alimentados” o “potenciados” por una notoria

¹⁷⁵ Cfr. Decreto 1.738/92, Artículos 65° a 70°, inciso 2.

¹⁷⁶ Cfr. Decreto N° 692/1995

¹⁷⁷ Vid. Decreto 1.738/92, Artículos 65° a 70°, inciso 5.

¹⁷⁸ *Ibid.*, Artículos 65° a 70°, inciso 7.

¹⁷⁹ *Ibid.*, Artículos 65° a 70°, inciso 12.

confusión de índole terminológica, pues gran parte de sus contradicciones y desencuentros tienen origen en el distinto significado que se atribuye a un mismo vocablo. En pocas palabras, es imposible saber con certeza a que tipo de actos se refiere cada autor que participó en los debates sobre el tema, cuando de la lectura surgen expresiones tales como “ejercicio de funciones jurisdiccionales” o “tribunales administrativos”.

Por nuestra parte, consideramos incorrecto el uso de ambas expresiones: no existen tribunales que no sean judiciales, al menos en nuestro derecho, y no existen organismos administrativos que ejerzan funciones “jurisdiccionales”, pues, tales funciones, también en nuestro derecho, están exclusivamente reservadas al Poder Judicial¹⁸⁰.

Pero más incorrecto consideramos la utilización imprecisa de tales expresiones - y manifiestamente equívoca en algunos casos -, en los fallos jurisprudenciales, circunstancia que empaña innecesariamente el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el conocido “caso Estrada”¹⁸¹.

Al respecto, y a sólo título ilustrativo, el voto de mayoría comienza disponiéndose a analizar “...la competencia del organismo de control...”¹⁸², cuando en realidad se trata de un “ente regulador”. El mismo Tribunal se referirá más adelante a los entes reguladores como “organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares”¹⁸³. Si bien esta observación

¹⁸⁰ Cualquiera sea el sentido y la actividad a la cual se pretenda hacer referencia con la expresión “funciones jurisdiccionales a cargo de órganos administrativos”, se estará violentando, indistinta o conjuntamente, los artículos 18º, 75º, inciso 11º y 109º de la Constitución Nacional.

¹⁸¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos”, *Revista Jurídica La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo*, 2005 (julio), 35.

¹⁸² Cfr. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, Considerando 4º.

¹⁸³ Véase C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, Considerando 12 “in fine”.

puede parecer un tanto exagerada, más adelante, al analizar las diferencias sustanciales entre la función de contralor y la de regulación, podrá advertirse con claridad la enorme trascendencia jurídica que implica el uso de uno u otro término.

En efecto, la sustancial diferencia entre el control y la regulación ha sido - y es - permanentemente destacada con sólidos fundamentos por la doctrina especializada¹⁸⁴, pero, y más allá de lo que cada autor opine sobre el tema, la fundamental distinción surge de las normas que crean a determinados entes reguladores, lo cual sucede especialmente con el E.N.R.E., cuya norma de creación en ningún momento lo califica como un organismo de control sino que, por el contrario, y no sin antes calificarlo expresamente como un “ente regulador”¹⁸⁵, le atribuye funciones que van mas allá de una mera actividad de control¹⁸⁶.

Sin embargo, debe reconocerse que calificar como “órgano de control” a un organismo “regulador”, especialmente cuando el mismo, además de controlar, puede y debe ejercer el “poder de policía” del servicio, dictar los reglamentos para el desarrollo de las presta-

¹⁸⁴ Entre otros Juan Carlos CASSAGNE, *La Regulación Económica. Estudio Preliminar*, Editorial Ábaco - Universidad Austral, publicación del Centro de Estudios sobre la Regulación Económica, Buenos Aires, 1996, *passim*; Ismael MATA, “Panorama del control sobre los entes reguladores”, *Suplemento de Derecho Administrativo, Revista El Derecho del 30 de marzo de 2001*, *passim*; BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, página 176 y ss. y Rodolfo C. BARRA, “Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional”, *Revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial 2005 - III, El Caso Ángel Estrada...*, página 12 y ss.

¹⁸⁵ De todos modos, y sin perjuicio de considerar de importancia el análisis referencial de los aspectos terminológicos o lo referido al lenguaje jurídico en las leyes 24.065 y 24.076, deben tener en cuenta nuestros magistrados - y también la doctrina especializada -, que el mismo “legislador” del momento no había desarrollado un estudio serio y fundado respecto de la diferencia entre un “ente regulador” y un “órgano de control”. Mas adelante realizamos un profundo estudio sobre las funciones encomendadas al E.N.R.E. y al E.Na.R.Gas.

¹⁸⁶ Respecto del E.N.R.E., y de manera genérica para los demás entes reguladores de servicios públicos, ver y ampliar, con seguro provecho, en MATA, “Panorama del control sobre los entes reguladores...”, *passim*.

ciones, reglar también el ejercicio de los derechos de los usuarios y la realización de auditorías, aplicar las sanciones por eventuales fallas detectadas y resolver las controversias vinculadas directamente con el servicio regulado, no es en sí mismo llamativo. Lo llamativo es que quién lo califique sea la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en un pronunciamiento donde, más adelante, le reconoce a ese mismo organismo las competencias que hemos enumerado¹⁸⁷.

En un segundo orden, calificar correctamente, o al menos uniformemente, la actividad del órgano administrativo que se encuentra bajo juzgamiento, constituye un aspecto esencial al momento de preparar un pronunciamiento útil y esclarecedor, pues, tal como se expresara más arriba, gran parte de la confusión doctrinaria, jurisprudencial e incluso normativa que caracteriza la materia en debate, tiene su origen, justamente, en las distintas denominaciones que se le otorgan a organismos administrativos creados para resolver conflictos - entre otras actividades o en forma exclusiva -, dentro de un ámbito definido y mediante la aplicación de determinada normativa.

Por otra parte, pero en idéntico sentido, el hecho de que algún autor o fallo jurisprudencial mencione dicha actividad como “ejercicio de funciones jurisdiccionales” o califique a tal órgano como “tribunal administrativo”, es un aspecto crucial y fundamental que se tiene muy en cuenta al momento de calificar y definir posturas doctrinarias y jurisprudenciales, al tiempo que constituye un factor que permite, y autoriza incluso, a predecir la opinión final del autor o del

¹⁸⁷ En la doctrina especializada, sin perjuicio de continuar debatiéndose - afortunadamente - el alcance de las competencias de los entes reguladores, aún el sector que expone la postura más restringida reconoce a los entes reguladores, con mayores o menores limitaciones, el ejercicio de potestades que superan la mera actividad de contralor, más allá del alcance que atribuyen a tales “potestades”, lo que forma parte de otra disputa doctrinaria (ver al respecto, y ampliar con seguro provecho en CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo II, página 168 y ss., AGUILAR VALDEZ, “El acto administrativo regulatorio...”, *passim* y Jorge SARMIENTO GARCIA, *Concesión de Servicios Públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, página 48 y ss.).

juez actuante¹⁸⁸. La Corte Suprema, cabe suponer con fundamentos, no desconoce esta circunstancia.

Refiriéndonos exclusivamente a la cuestión terminológica, indudablemente, y sin perjuicio de las enormes virtudes que corresponde enfatizar del pronunciamiento, las cuales son especialmente destacadas más adelante, el fallo de la Corte en “Estrada” carece de la uniformidad y coherencia que es lógico esperar, más aún tratándose de un asunto impregnado de ambigüedades en lo referente al lenguaje jurídico.

En tal sentido, y sin ánimo de apartarnos de la cuestión de fondo, no deja de ser importante identificar las fallas terminológicas y las manifestaciones indeterminadas para comenzar a solucionar gran parte del problema, y en este sentido advertimos las siguientes expresiones que sólo ayudan a generar más confusión: “atribución de dirimir todas las controversias de contenido patrimonial que se susciten entre particulares con motivo del suministro de energía eléctrica”; “otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración”; “la Constitución Nacional... prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales”; “organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares”¹⁸⁹; “atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos”¹⁹⁰; “no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos”; “admitir que el Congreso pudiera delegar en los órganos de la administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna”; “la jurisdicción administrativa así creada”; “jurisdicción especial atri-

¹⁸⁸ Al presentar su lucido trabajo sobre el tema advierte con prudencia ABERASTURY: “No utilizamos los términos “jurisdicción” o “cuasijurisdicción” por los múltiples inconvenientes y problemas que su uso inadecuado ha causado” (ver y ampliar en ABERASTURY, “La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos...”, página 3).

¹⁸⁹ Se trata, en todos los casos, de expresiones extraídas del pronunciamiento bajo análisis (cfr. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, Considerando 12°).

¹⁹⁰ *Ibid.* Considerando 13°.

buida al Ente Nacional Regulador de la Electricidad por el art. 72 de la ley 24.065¹⁹¹; “una decisión que, conforme a la ley, tuviera un alcance equivalente al de una sentencia condenatoria”¹⁹².

El voto en disidencia del Ministro Belluscio también presenta profundas ambigüedades desde el punto de vista de la terminología jurídica. Allí encontramos referencias indistintas a “la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos”; al “ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos”¹⁹³; a la atribución del ente para “la resolución de controversias sobre daños y perjuicios”; al “poder de policía atribuido al ente para regular y controlar aquélla no sirve de fundamento para decidir litigios”¹⁹⁴ y; al ejercicio por parte del ente de “funciones jurisdiccionales”¹⁹⁵.

En definitiva, de ninguna manera pensamos que las virtudes y los defectos de un pronunciamiento judicial, con la importancia y el alcance del emitido en el caso “Estrada”, puedan verse empañadas o, en el caso de los defectos, disimulados, detrás de una cuestión meramente terminológica, pero tampoco podemos dejar de destacar la llamativa insistencia con que el texto del fallo utiliza términos incorrectos – como denominar organismos de control a los entes reguladores o calificar como facultades judiciales a las competencias atribuidas a dichos organismos – cuando tal vez la cuestión debatida se podría haber resuelto con mayor sencillez y seguridad jurídica, solamente con uniformar el lenguaje.

¹⁹¹ En este caso, las expresiones mencionadas en el texto son extraídas del Considerando 14° (Vid. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”).

¹⁹² *Ibid.* Considerando 15°.

¹⁹³ *Ibid.* voto Ministro Belluscio, Considerando 11°.

¹⁹⁴ *Ibid.* voto Ministro Belluscio, Considerando 12°.

¹⁹⁵ *Ibid.* voto Ministro Belluscio, Considerandos 14° y 15°.

ii. *Los requerimientos de la Corte para resolver la cuestión atinente al ejercicio de funciones jurisdiccionales por órganos administrativos*

Sin perjuicio de las fundadas críticas que pueden realizarse a las referencias que la Corte Suprema realiza en el fallo respecto de la llamada doctrina de la “jurisdicción primaria” y que fuera desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, el fondo del pronunciamiento en el caso “Estrada” aporta una importante doctrina que sin dudas contribuye a resolver casi definitivamente la cuestión suscitada respecto de la constitucionalidad de los organismos administrativos dotados de atribuciones para resolver controversias entre particulares, en nuestro derecho¹⁹⁶.

Antes de introducirnos en el análisis de los fundamentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para negar competencia a los entes reguladores de servicios públicos respecto de la “resolución de conflictos” entre particulares, regidos por normas del derecho común, corresponde una breve referencia al análisis previo y reflexivo que dicho Tribunal realiza respecto de tal posibilidad,

¹⁹⁶ Respecto de la doctrina de la “jurisdicción primaria” y su aplicabilidad en nuestro derecho, sugerimos con seguro provecho para el lector la lectura de Pedro José Jorge COVIELLO, “¿Qué es la jurisdicción primaria?. Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso “Ángel Estrada”)”, *Revista Jurídica El Derecho, diario del 29 de abril de 2005*. Un segundo dato de importancia es el que surge del considerando 13 del pronunciamiento recaído en el conocido caso “Estrada”, donde la Corte Federal se refiere a una supuesta “jurisdicción primaria atribuida a los organismos administrativos expresando que la misma se justifica en los siguientes casos, a saber: a. cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos; b. cuando estén en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; c. cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular y d. en lo que pareciera ser un requerimiento genérico que podría aplicarse a los tres anteriores indistintamente, el Tribunal exige que las controversias entre sujetos de la Ley puedan afectar el “correcto funcionamiento del servicio”.

es decir, reconocer la constitucionalidad de organismos administrativos a los cuales se haya encomendado tal actividad o función de “resolución de controversias” entre particulares.

Si debiéramos utilizar los polémicos conceptos que distintos autores han utilizado para referirse a dichos organismos, podríamos afirmar que estamos analizando la constitucionalidad de los “tribunales administrativos” o de los organismos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales¹⁹⁷.

Ahora bien, dejando de lado cuestiones terminológicas y entrando al fondo del asunto, el más Alto Tribunal Constitucional, orientado hacia una postura sumamente restrictiva respecto de la eventual existencia de tribunales administrativos - y tal vez dando por terminada la posibilidad de aceptar su existencia en el marco de nuestra Constitución Nacional -, establece por primera vez¹⁹⁸ de manera general y sistemática los requisitos que todo “organismo de la administración dotado de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares” debe cumplir, para aprobar un eventual examen de constitucionalidad.

Tales requerimientos son los siguientes:

- i.- que el organismos haya sido creado por ley;
- ii.- que su independencia e imparcialidad estén aseguradas;
- iii.- que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlo (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable;

¹⁹⁷ Hemos adelantado ya nuestra postura en el sentido que no puede aceptarse en nuestro derecho ni la existencia de tribunales administrativos ni de organismos administrativos con funciones jurisdiccionales.

¹⁹⁸ Ya adelantamos nuestra opinión respecto de la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema, especialmente en los casos “Fernández Arias” y “Litoral Gas” referidos anteriormente, en el sentido de que nunca se había atrevido ese Tribunal a establecer en sus pronunciamientos sobre la materia principios generales, concentrando la decisión, por el contrario, en apreciaciones específicas respecto de cada caso concreto.

iv.- que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente¹⁹⁹ y;

v.- que se le encomiende el tratamiento de cuestiones exclusivamente regidas por el derecho público, excluyendo los conflictos entre particulares a los que se aplica normas del derecho común²⁰⁰.

Estos requerimientos se analizan particularizadamente más adelante y, sin perjuicio de las múltiples opiniones que es posible emitir respecto de su rechazo o aceptación, desde el análisis jurídico, es muy destacable el hecho de que en ésta oportunidad, y por primera vez, la Corte Suprema se atreve a tratar la cuestión desde un punto de vista general, estableciendo requerimientos que deberán cumplimentarse en todos los casos y alcanzando con ellos tanto las instancias previas a la creación normativa de tales organismos²⁰¹, así como también el momento en que debe decidirse sobre su composición y dirección y la etapa posterior, es decir, ya en el ejercicio de sus funciones²⁰².

En efecto, hasta el pronunciamiento que analizamos, la jurisprudencia de la Corte había establecido muy tímidamente, y sin demasiada claridad, la exigencia de un control judicial amplio y suficiente²⁰³, y a lo sumo, de manera particularizada, se había referido a

¹⁹⁹ Vid. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cia. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, Considerando 12° del voto de mayoría.

²⁰⁰ En este caso, la Corte se remite al pronunciamiento emitido en el ya analizado caso “Litoral Gas” (Vid. C.S.J.N. “Litoral Gas S.A. v. E.Na.R.Gas – Res. N° 29/94...”, *passim*).

²⁰¹ Es el caso de la exigencia de ley para su creación, de razonabilidad en los objetivos que se le encomiendan y la limitación material de las materias sobre las que recaen sus competencias, la cuales deben estar regidas exclusivamente por el derecho público.

²⁰² Tales son los requerimientos pretorianos que exigen asegurar niveles óptimos de independencia e imparcialidad y establecer un sistema de revisión sobre sus actos que prevea un control judicial amplio y suficiente.

²⁰³ Sobre los fundamentos de nuestra postura, nos remitimos a los comentarios que realizáramos al momento de analizar distintos pronunciamientos del más Alto Tribunal Constitucional (véase, entre los pronunciamientos analizados más

la imposibilidad de que un organismo administrativo resolviera conflictos entre particulares mediante la aplicación de normas del derecho común²⁰⁴. Sin embargo, es fácil advertir que ambas exigencias más bien se orientan a rescatar y destacar requerimientos preexistentes en nuestro derecho, y que la Corte se limita a adoptarlos y aplicarlos expresamente en los casos que se les presentaban²⁰⁵. Este no es un detalle menor, sin pretender subestimar los pronunciamientos anteriores y la doctrina que de ellos se extrae.

Por el contrario, en el caso “Estrada”, la Corte avanza sobre aspectos que hacen a la discrecionalidad judicial y establece requerimientos que superan el texto mismo de la Constitución Nacional, exigiendo la creación por Ley del organismo, independencia e imparcialidad y razonabilidad en los objetivos que llevaron a su creación. Como es fácil advertir, los tres últimos requerimientos mencionados son una creación pretoriana, sin perjuicio de que, a partir del análisis jurídico, algún autor pudiera opinar a favor de su inclusión o no.

En tal sentido, no existe norma en nuestro derecho de la que expresamente derive el mandato de que los organismos administrativos que resuelven conflictos entre particulares deben ser creados por el Congreso de la Nación o las legislaturas provinciales; ni tampoco puede decirse que norma alguna en nuestro derecho exija expresamente en ellos las condiciones de independencia e imparcialidad o la razonabilidad en los objetivos que se tuvieron en cuenta para crear-

arriba, el caso “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José...” y “Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”).

²⁰⁴ Esta es, en realidad, la conclusión más importante que extraemos de C.S.J.N. “Litoral Gas S.A. v. E.Na.R.Gas - Res. N° 29/94...”, *passim*.

²⁰⁵ No puede negarse, al menos “no” con fundamentos sólidos y suficientes, que en nuestro derecho desde siempre existió la obligación constitucional de permitir a cualquier administrado acceder a los tribunales judiciales frente a la decisión adoptada por un organismo administrativo, cualquiera sea su naturaleza. Lo mismo podemos decir respecto de la imposibilidad de que un funcionario administrativo se convierta en “juez” y resuelva conflictos entre particulares aplicando normas del derecho común.

los. Es decir, estos requerimientos son una verdadera - y valiente - creación pretoriana.

Respecto del contenido de los requerimientos establecidos por la Corte, es posible adelantar que, si bien tres de ellos aparecen como posibles jurídicamente - creación por Ley, aplicación exclusiva del derecho público y objetivo razonable para su creación -, la exigencia de “independencia e imparcialidad asegurada” en el órgano, por el contrario, aparece como una exigencia imposible de cumplir en la práctica.

Por tal motivo, es posible entender, con sólidos fundamentos, que audazmente la Corte termina de éste modo tan sutil con el debate suscitado en los últimos años, disponiendo, sin decirlo expresamente, la imposibilidad de atribuir carácter de “tribunal administrativo” a los entes reguladores, respecto de las atribuciones que incluyen la resolución de controversias entre particulares. Tal decisión debe aplicarse indefectiblemente a la totalidad de organismos administrativos entre cuyas atribuciones se incluya la resolución de controversias entre particulares.

Sin perjuicio de ello, podríamos ajustar nuestra reflexión anterior diciendo que, en realidad, la Corte Suprema, mediante el agregado de los requisitos que mencionamos, ha decidido con prudencia dejar abierto al análisis de los distintos casos que pudieran presentarse, al juzgamiento pretoriano particularizado, atendiendo a los detalles de cada cuestión planteada.

Esto es así desde que, si bien el requisito de la creación legal y la exclusión de controversias a las cuales se les aplica normas del derecho común aparecen como exigencias terminantes que no admiten análisis discrecionales por parte del tribunal judicial actuante, los otros dos requerimientos - independencia e imparcialidad y objetivo razonable para su creación - podrían ser motivos suficientes para rechazar definitivamente la existencia de cualquier órgano administrativo que fuera calificado legalmente como tribunal administrativo o, por el contrario, para aceptar tal condición.

Estos dos últimos requerimientos seguramente deberán ser desarrollados o especificados por el más Alto Tribunal a medida que se susciten nuevos casos, pero desde ya consideramos sumamente difícil para cualquiera de las partes, y para el Tribunal judicial mismo, demostrar fundadamente los factores que aseguran independencia e imparcialidad en un órgano administrativo, para el caso que sea calificado como “tribunal” por la Ley de su creación. Más adelante volvemos sobre éste tema.

iii. El principal fundamento del fallo “Estrada”: la razonabilidad del objetivo económico y político que derivaron en la creación del ente regulador

Podríamos dividir el análisis del pronunciamiento emitido en “Estrada” en dos partes. Por un lado se destaca el tratamiento que el Tribunal realiza sobre la constitucionalidad que corresponde reconocer a los “organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares”. En este aspecto el pronunciamiento no se limita a tratar el tema de los “entes reguladores de servicios públicos”, sino que define una doctrina muy concreta y extensiva a todos los organismos de la administración que presenten esas características, o que hayan sido dotados de dichas competencias.

Es al momento de tratar éste tema donde el Alto Tribunal no se limita a evaluar la constitucionalidad de la situación fáctica puesta bajo su juzgamiento, sino que, en una loable muestra de “proactividad” judicial, avanza sobre el histórico e irresoluto problema y se ocupa de construir y sistematizar los requisitos básicos que los organismos en debate deben reunir para adecuarse a los principios constitucionales que surgen de los artículos 18° y 109° de la Carta Fundamental. Estos requerimientos, corresponde advertirlo, fueron mencionados en el punto anterior y son analizados en particular más adelante.

Pero en un segundo orden de juzgamiento – y luego de asentar sólidamente aquellos requerimientos generales – el más Alto Tribunal Constitucional se introduce someramente en una parte del tratamiento y desarrollo que tuvo en la jurisprudencia la doctrina norteamericana de la “jurisdicción primaria”, al sólo efecto de acoger un aspecto de la misma, concretamente, las referencias que en ella se realizan respecto de la especialidad de las materias encomendadas a las “agencias de la administración”.

A nuestro entender entonces, sin perjuicio de compartir las opiniones vertidas por parte de la doctrina especializada en el sentido de que el sistema de la jurisdicción primaria construida por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos no puede aplicarse en nuestro derecho²⁰⁶, en el pronunciamiento de la Corte bajo análisis, la remisión a la doctrina de la jurisdicción primaria no pretende una aplicación absoluta de la misma ni mucho menos aspira a “fundar” en ella el fallo definitivo.

Por el contrario, y no menos importante, la doctrina de la jurisdicción primaria es utilizada como la puerta de entrada a la “teoría de la especialidad”, la que, luego, sí se convertirá en base fundamental y parámetro orientador para analizar y juzgar el ejercicio de las competencias a tribuidas a los entes reguladores de servicios públicos²⁰⁷. Al respecto, sin ensayar una justificación sobre la parte del pronunciamiento que analizamos, e incluso sin pretender expresar opinión sobre la necesidad y utilidad de tal remisión a la jurisprudencia norteamericana, insistimos en que el Tribunal actuante hace

²⁰⁶ Ampliar en CASSAGNE, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”)...”, *passim* y ver la crítica concreta respecto del caso “Estrada” que realiza COVIELLO, “¿Qué es la jurisdicción primaria?. Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso “Ángel Estrada”)...”, *passim*.

²⁰⁷ A partir de uno de los requisitos que la misma Corte establece, para sentar la viabilidad constitucional de los organismos administrativos con competencias para resolver controversias entre particulares, como lo es la creación por ley de dicho organismo, es lógico que el Tribunal limite su pronunciamiento al E.N.R.E. y al E.Na.R.Gas.

referencia a la doctrina de la jurisdicción primaria con el sólo objetivo de extraer de la misma el concepto de la especialidad.

En tal sentido expresa la Corte Federal que "...la atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de EE.UU.) se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia.... "Por el contrario... - continúa el pronunciamiento -, el principio de la jurisdicción primaria no rige cuando la cuestión controvertida es ajena al régimen propio de las agencias... Es decir, la jurisdicción de las agencias se circunscribe a las materias que configuran "el corazón" de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó. Entre ellas están, por ejemplo, las decisiones relativas a la razonabilidad de las tarifas²⁰⁸.

Ahora bien, alguien podría preguntarse, con absoluta razón, si realmente era necesario buscar antecedentes de la teoría de la especialidad en la jurisprudencia norteamericana, y seguramente la respuesta debe ser negativa. Es decir, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no necesitaba citar la doctrina de la jurisdicción primaria puesto que en nuestro país, con mucha antelación, la misma ha sido desarrollada y fundada por la doctrina especializada²⁰⁹. Esto es lo único que podría objetarse, con sólidos fundamentos, respecto de la referencia que el fallo bajo análisis realiza acerca de la doctrina nor-

²⁰⁸ Vid. C.S.J.N., "Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...", Considerando 13º del voto de mayoría.

²⁰⁹ Ver al respecto, por todos ellos, CASSAGNE, "Derecho Administrativo, tomo II...", páginas 162 y ss.

teamericana, pues es innegable la confusión generada a partir de los conceptos vertidos en el pronunciamiento²¹⁰.

Aclarada la cuestión suscitada a partir de las referencias del fallo a la doctrina de la jurisdicción primaria, y sin perjuicio de destacar los sólidos fundamentos del sector doctrinario que encuentra en la referida remisión de la Corte Federal un factor de dudosa legalidad y coherencia en nuestro derecho²¹¹, entonces sí es posible ingresar al estudio profundizado de la teoría de la especialidad, y fundamentalmente, de la viabilidad y utilidad que su aplicación a los entes reguladores presenta.

Al respecto, el concepto que el Más Alto Tribunal pretende establecer, enseña que el ámbito material de resolución de controversias a cargo de organismos administrativos debe limitarse estrictamente a las materias que por sus características justificaron en su momento la creación de dicho organismo y el otorgamiento de tales competencias. Así lo dice el Tribunal: “no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución

²¹⁰ Es importante aclarar que, en el último párrafo del Considerando 13º del pronunciamiento que comentamos, y refiriéndose ya específicamente al E.N.R.E., la Corte Federal se refiere a “la jurisdicción primaria de los organismos administrativos”, pero entendemos que tal desafortunada referencia - porque podría haberse evitado - no lo es en el sentido de la doctrina norteamericana sino sólo para hacer referencia al ámbito de actuación encomendada a dicho organismo por el artículo 72º de la Ley 24.065.

²¹¹ Ver y ampliar, con seguro provecho para el lector en COVIELLO, “¿Qué es la jurisdicción primaria?. Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso “Ángel Estrada”)...”, *passim*.

Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación²¹².

Luego, en lo que constituye a nuestro entender el núcleo central del argumento de la Corte, se expresa en el pronunciamiento bajo estudio que el mandato del artículo 72° de la Ley 24.065 al E.N.R.E. para resolver "toda controversia" "debe entenderse como circunscripta a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios", lo cual no incluye el poder para dirimir el reclamo de daños y perjuicios planteado "porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión..."²¹³.

La Corte se ocupa de excluir expresamente algunas cuestiones que, a su criterio, no deben someterse a la jurisdicción primaria del ente regulador, especificando que esto sucede cuando "la cuestión controvertida es ajena al régimen propio de las agencias" puesto que "...la jurisdicción de las agencias se circunscribe a los asuntos que configuran el "corazón" de las materias que tuvo en miras el Congreso que las emplazó"²¹⁴.

Es decir que, y como bien lo establece expresamente el Tribunal, el requisito de control judicial amplio y suficiente no significa que la asignación de competencias para resolver controversias entre particulares no tenga límites. Por el contrario, para la Corte "es relevante añadir que no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera

²¹² Cfr. C.S.J.N., "Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...", Considerando 14°.

²¹³ *Ibid.* Considerando 15°.

²¹⁴ Entre las materias incluidas "en el corazón de las tareas que el Congreso tuvo en miras al momento de crear los entes reguladores", la Corte menciona expresamente las decisiones relativas a la razonabilidad de las tarifas (*Vid.* C.S.J.N., "Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...", Considerando 13, párrafo 2° y 3°).

condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente”²¹⁵.

Por ello, es igualmente “relevante” preguntarse cuáles son las controversias cuya resolución no puede atribuirse nunca a un organismo administrativo, ni siquiera asegurando el posterior control de los tribunales judiciales, y es la Corte misma quién se ocupa de responder a éste interrogante cuando expresa que “Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación...”.

Finalmente, el pronunciamiento presenta sobre el tema un desenlace tan “intimidatorio” para el Congreso de la Nación como “fatal” para las creaciones legislativas improvisadas y carentes del correcto estudio jurídico previo, pues expresa la Corte Federal que “... Admitir que el Congreso pudiera delegar en los órganos de la administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el art. 76 de la Constitución Nacional, con salvedades expresas”²¹⁶.

Es aquí entonces donde adquiere trascendencia, como pilar fundamental del pronunciamiento bajo análisis, el requerimiento pretoriano que, tal vez, pasó más inadvertido y recibió menos tratamiento en la doctrina especializada, es decir, que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crear al órgano administrativo con atribuciones para resolver controversias entre particulares haya sido razonable.

²¹⁵ *Ibid.*, Considerando 14º.

²¹⁶ *Ibid.* Considerando 14º.

Al respecto, y es importante destacarlo, este requerimiento tiene, en la resolución del caso “Ángel Estrada”, una incidencia trascendental, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación termina resolviendo la incompetencia del ente regulatorio para entender en una controversia por daños y perjuicios, en virtud de tratarse de un conflicto para cuya resolución corresponde la aplicación de normas del derecho común, y entendiendo que lo contrario sería violatorio del artículo 116° de la Carta Magna²¹⁷.

6. LA TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD EN EL FALLO Y PARA EL FUTURO

Si nos detenemos en el análisis de los hechos y el derecho generadores de la controversia administrativa, luego judicial, que deriva en el dictado del fallo en el caso “Ángel Estrada”, es fácil advertir que, en sede administrativa, el conflicto se había suscitado porque el E.N.R.E. y la Secretaría de Energía de la Nación consideraban que al primero de ellos no le correspondía ejercer las “funciones jurisdiccionales” que pretendían imponerle, y que consistía en determinar los daños y perjuicios producidos a un usuario por la suspensión del suministro de energía eléctrica.

Es más, de la lectura de la fundamentación que esboza especialmente la Secretaría de Energía al momento de recurrir el fallo de Cámara se extraen argumentos muy similares, si no idénticos, a las conclusiones que luego sustentan el fallo definitivo de la Corte Suprema²¹⁸.

²¹⁷ *Ibid.* Considerandos 15 y 16, párrafo 3°.

²¹⁸ Ver el dictamen del Procurador General de la Nación, punto II, especialmente II.1.II., donde se expresa que “... los principales agravios de la Secretaría de Energía y Puertos pueden resumirse del siguiente modo: a) El ente regulador tiene competencia para determinar el incumplimiento contractual y para imponer la sanción cuyos parámetros están previamente definidos, pero no puede -tal como lo pretende el a quo- expedirse sobre un tema de Derecho privado, cual es la facultad de juzgar sobre reclamos de daños y perjuicios, porque

Es decir que, al menos en el ámbito de la Corte Suprema, no existía conflicto de opinión entre órganos de distintos poderes del Estado - Poder Ejecutivo y Poder Judicial - sino que esencialmente el conflicto se produce entre la postura de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso - administrativo Federal - sala I - y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, quién se había expedido anteriormente en idéntico sentido, si bien respecto de otro ente regulador y con cuestiones de hecho y de derecho muy distintas²¹⁹.

En efecto, ni el Ente Nacional Regulador de la Electricidad ni la Secretaría de Energía pretendieron en ningún momento asumir como propias las competencias que la Cámara le atribuyó al primero de ellos, y que luego la Corte Suprema les niega, y así lo manifiestan en todos sus actos. Por el contrario, quién pretende atribuirle esa competencia de determinación de daños y perjuicios es la Cámara Nacional mencionada y el fallo definitivo del Alto Tribunal termina dando razón al regulador²²⁰.

Por otra parte, tampoco puede decirse que la normativa legal y reglamentaria que crean y determinan las competencias y atribuciones del E.N.R.E. y del E.Na.R.Gas contenga confusión o exceso alguno, y si bien dichas normativas son perfectibles, ello no justificaría jamás un fallo de la magnitud y trascendencia de “Estrada”. Ni las leyes mencionadas ni las reglamentaciones posteriores califican como “tribunales administrativos” a éstos organismos, llegando a lo sumo a atribuirles, en su carácter de reguladores del sistema general y no de “tribunales”, la resolución de controversias derivadas de las actividades reguladas, entre otras potestades de igual o mayor importancia,

la indemnización tiene naturaleza civil y no administrativa y, por lo tanto, esa cuestión está reservada a los jueces”.

²¹⁹ Ver y ampliar en C.S.J.N. “Litoral Gas S.A. v. E.Na.R.Gas - Res. N° 29/94...”, *passim*.

²²⁰ Cfr. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cia. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, Considerando 16, párrafo 3°.

como puede ser la potestad sancionatoria, la reglamentaria y la de contralor general del sistema²²¹.

En otros términos, para resolver la cuestión planteada a la Corte le bastaba con reafirmar la limitación constitucional que impide a organismos administrativos resolver conflictos aplicando normas de la legislación común, sin embargo, lejos de optar por ese camino, “despejado”, sencillo y breve, eligió ingresar a un análisis mucho más frondoso y complejo como lo es el tratamiento de los “tribunales administrativos”, agregando, como si ello fuera poco, el estudio sobre la naturaleza jurídica de los entes reguladores. Aquí se abre un enorme interrogante, que indaga sobre los motivos que llevaron a la Corte a optar por arriesgar el tratamiento de cuestiones tan engorrosas, y seguramente que la respuesta es posible, aunque sumamente compleja y, corresponde advertirlo, con un importante grado de subjetivismo.

Por una parte, aparentemente el Alto Tribunal se decidió a terminar con la ambigüedad reinante en su propia jurisprudencia, respecto de la constitucionalidad de los tribunales administrativos, y a tal fin se propuso sentar principios generales claros y enunciar los requerimientos mínimos que debe cumplir un organismo administrativo para ser considerado tal.

Por otra parte, como segunda motivación que sirvió de impulso y justificó “arriesgar” nuevos caminos en el trascendente pronunciamiento, pareciera que consideró imprescindible el Tribunal definir la naturaleza que corresponde atribuir a los entes reguladores de servicios públicos y el verdadero alcance de sus competencias, especialmente teniendo en cuenta el intenso e interminable debate suscitado en la doctrina especializada y, especialmente, la peligrosa ambigüedad entre distintos pronunciamientos emitidos por tribunales inferiores, los cuales, lejos de sentar principios y reglas uniformes res-

²²¹ Así lo venimos fundando desde un inicio.

pecto de tales organismos²²², no hacían más que contribuir a la confusión general.

En éste último sentido, y como muestra de lo expresado, se advierte sobre casos tratados ante tribunales judiciales en cuyo proceso, y frente a una demanda o recurso contra un acto emitido por un ente regulador, se adopta la decisión de citar a dicho organismo como parte en la litis o a los efectos que ejerza un “derecho de defensa”²²³, mientras que, otros tribunales, ante idéntico litigio, consideran improcedente tal citación por no ser el ente regulador parte en la controversia sino una primera instancia jurisdiccional²²⁴.

Ahora bien, dentro del tratamiento específico sobre la naturaleza de los entes reguladores de servicios públicos y sobre el alcance de sus competencias, el requisito de la razonabilidad del objetivo político y económico tenido en cuenta al crearlo, o al crear el organismo administrativo que corresponda, adquiere una importancia especial. En tal sentido, el requisito mencionado debe aparecer con cla-

²²² Expresa al respecto CASSAGNE, que si bien es fundamental que el pronunciamiento de Corte en el caso Estrada alcance ejemplaridad “... para ello, resultará necesario que se opere su recepción por parte de los tribunales inferiores los cuales, en los últimos tiempos, han extremado, quizás, la independencia de sus criterios, aunque éstos podrían quedar a salvo sin alterar la observancia que precisan las sentencias de la Corte. Hay que tener en cuenta, de todas maneras, la circunstancia de que el derecho constitucional argentino y su práctica jurisprudencial no han adoptado la doctrina de la fuerza jurídica vinculante de los precedentes (*stare decisis*) (ver y ampliar en “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Angel Estrada”)...”, página 756 y ss.

²²³ Es importante advertir que la Cámara Nacional interviniente en el caso “Estrada” decidió correr traslado del recurso interpuesto al E.N.R.E. para no conculcar su derecho de defensa (Vid. C.N.Cont. - Adm. Fed., sala I, octubre 15-1999, “Angel Estrada y Cia...”, considerando 6º del voto del Dr. Licht).

²²⁴ La sala II de esa misma Cámara Nacional interviniente en “Estrada” consideró en su oportunidad que “en los casos en los que, como el sub lite, el Ente actúa en ejercicio de facultades jurisdiccionales resulta claro que no cabe tenerlo como parte contraria en el proceso, toda vez que no es éste el titular de la relación contractual controvertida” (cfr. CNACAF, sala II, “Metrogas S.A. c Ente Nacional Regulador del Gas”, Revista Jurídica La Ley, año 2003, tomo E, página 338, considerando VI).

ridad y fundamento en los debates parlamentarios de las normas correspondientes o incluso en la normativa misma, pues si bien constituyen el elemento jurídico por excelencia a la hora de defender o justificar su constitucionalidad, ante quién corresponda en sede administrativa o judicial, también inciden concretamente al momento de definir los alcances de las competencias de los entes reguladores.

De manera que, aún cuando se cumpla acabadamente con lo expresado en el párrafo anterior, advertimos que la Corte ha establecido dos especies de limitaciones al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de organismos administrativos. La primera de ella es una limitante genérica que se basa en el artículo 116° de la Constitución Nacional, y en el fallo se orienta a excluir del ámbito de competencias creado a favor de un organismo administrativo las controversias para cuya resolución deba aplicarse normas del derecho común.

La segunda limitación, la que más interesa destacar aquí, aparece con mayor o menor intensidad al momento de juzgar un caso concreto, y se refiere a la obligación del juez o tribunal actuante de constatar que, entre la controversia resuelta o a resolver por el organismo administrativo en cuestión y el objetivo político y económico que se tuvo en cuenta al momento de crearlo, exista una relación jurídica lógica.

Es decir que, quién defienda la competencia de determinado organismo administrativo para resolver controversias entre particulares, debe comprobar algo tan genérico y elemental, pero al mismo tiempo imprescindible, como es la coherencia y armonía existente entre el espíritu de la norma que crea al organismo en cuestión y la naturaleza del caso concreto bajo demostración y juzgamiento. De manera que, el tratamiento de éste último por el organismo sea un modo de cumplir y llevar a la práctica el espíritu de aquella norma.

Pues bien, corresponde preguntarse ahora que relación existe entre lo que venimos desarrollando en lo que va del título, con la tan mentada “especialidad”, como criterio de análisis respecto del alcance de las competencias atribuidas a los órganos administrativos.

Al respecto, el vínculo o relación es evidente, puesto que la comprobación de esa relación “entre medios y fines”, que debe existir entre la resolución de una controversia específica – o un caso determinado – bajo juzgamiento y los objetivos tenidos en cuenta al crear el órgano, se realiza a través del “principio de la especialidad”.

Respecto del principio mencionado en último término, en su momento COMADIRA se ocupó de advertir que la “amplia pauta competencial” que significa adoptar el criterio de la especialidad para definir las competencias de los entes regulatorios debe interpretarse con prudencia “... pues (los entes) no pueden hacer siempre todo lo necesario, como podría desprenderse de la letra de las normas de creación, porque no todo lo necesario es legítimo”²²⁵.

Desarrollada y aplicada al caso de los entes reguladores de servicios públicos, con mucha antelación al caso “Estrada”, por CASSAGNE²²⁶, este principio, o “doctrina” si se prefiere, impulsa la sujeción de las competencias del órgano administrativo a los fines tenidos en cuenta para su creación y a los objetivos establecidos en tales normas y, en esencia, su aplicación permite asegurar un importante y trascendental equilibrio entre lo que un órgano administrativo puede hacer y lo que está fuera de su alcance. El “principio de la especialidad” luce la enorme ventaja de que, con su aplicación, es posible analizar y juzgar con solvencia las “zonas grises”, distinguir las potestades que un órgano puede usar y las que no le están permitidas y definir con un óptimo grado de certeza los alcances de sus competencias.

En efecto, el principio o doctrina de la especialidad asegura un tratamiento discrecional pero sumamente efectivo de las competencias del órgano administrativo, y por estar sujeto ese análisis a parámetros generales establecidos por los fines de la creación del órgano y los objetivos establecidos en las normas que los estructuran, los

²²⁵ Ver al respecto COMADIRA, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al E.N.R.E., E.Na.R.Gas, ETOSS y CNT)...”, especialmente páginas 238/39.

²²⁶ Vid. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, tomo I..., páginas 374 y 375.

riesgos de arbitrariedad en el funcionario de turno, a cargo de su aplicación, son menores y no exceden los propios de toda actividad del Estado.

De manera que, en adelante, por “mandato” pretoriano o por ser evidentemente útil y conveniente, es el principio de la especialidad el que orientará las decisiones de los tribunales judiciales respecto de los entes reguladores²²⁷, análisis que se desarrollará al amparo y con el sustento jurídico y fáctico, del natural requisito que exige razonabilidad en los objetivos políticos y económicos que se tuvieron en cuenta al momento de crear un órgano administrativo con potestades para resolver controversias entre particulares²²⁸.

²²⁷ Y nos atrevemos a decir que también incidirá gravemente en el juzgamiento judicial de cualquier organismo al que se hubieren atribuido funciones judiciales.

²²⁸ Al analizar y comentar el “caso Estrada” expresa CASSAGNE que el fallo “perfora, con acierto, el umbral del principio de especialidad que, a nuestro juicio, configura la novedad más trascendente tanto en el plano teórico como en el práctico o mundo de la experiencia. Por de pronto, hay una diferencia bien marcada entre lo que constituye el llamado derecho estatutario del marco regulatorio y del contrato de concesión, regido por el derecho administrativo, y las relaciones patrimoniales que vinculan al concesionario con los usuarios gobernadas por el derecho privado. La principal consecuencia que deriva la Corte, para interpretar artículo 72 de la ley 24.065 que atribuye al E.N.R.E. la atribución de resolver “toda controversia” es que se trata de una jurisdicción especial que, por lo demás, debe haber sido sustraída “válidamente por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios”. Ello significa que esa atribución nunca podría constituir una delegación total de facultades jurisdiccionales al Ente Regulador, ni tampoco versar sobre cuestiones de derecho patrimonial privado, extrañas al ámbito de aplicación del art. 72 de la ley 24.065, como es un reclamo de daños y perjuicios entre usuarios y concesionarios. Pero esas condiciones que caen dentro de lo que se podría denominar la limitación material del marco legislativo de atribución de funciones jurisdiccionales a los entes reguladores encuentran su raíz y sentido en el principio de especialidad. Así lo puntualiza la Corte en forma inequívoca cuando señala, con referencia al poder que le atribuye al E.N.R.E. el art. 72 de la ley 24.065 que el mismo “no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión”, criterio que reitera más adelante cuando se apunta que la disputa no puede ser resuelta por aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad “para cuya administración fue creado especialmente el ente

7. LAS 10 CONCLUSIONES DEL FALLO

En el marco de lo expuesto hasta aquí, es posible arriesgar una enumeración respecto de algunas conclusiones parciales referidas al pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa “Ángel Estrada”, en la confianza ello facilitará su entendimiento, aún cuando no se las comparta, y ordenará el camino hacia una opinión final sobre los temas allí tratados. En tal sentido, dichas conclusiones, “transitorias” si se quiere, son las siguientes:

a) La Corte no niega la posibilidad de que, en nuestro derecho, sea constitucionalmente aceptable la existencia de tribunales administrativos, pero se ocupa de establecer los requisitos que los mismos deberían cumplir para ser reconocidos como tales, es decir: que sus decisiones sean objeto de control judicial suficiente; que el órgano haya sido creado por Ley; que esté asegurada su independencia e imparcialidad; que sus competencias traten sobre cuestiones exclusivamente regidas por el derecho público, excluyendo los conflictos entre particulares a los que se aplica normas del derecho común y; que exista un razonable objetivo político y económico como basamento de su creación.

b) De los cinco requisitos establecidos por la Corte, tres constituyen requerimientos reglados, siendo la constatación de su cumplimiento una tarea relativamente sencilla y ágil desde el punto de vista de la ciencia del Derecho. Nos referimos concretamente al requisito del control judicial sobre las decisiones dictadas en ejercicio de función jurisdiccional por parte de un organismo administrativo, o, en su caso, del tribunal administrativo, la creación por ley de tal organismo y la delimitación material de las controversias a ser tratadas, las cuales siempre deben tratarse de casos para cuya resolución se aplica el derecho público.

respectivo" (Vid. "Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores...", especialmente páginas 748 y ss.).

Por el contrario, los otros dos requerimientos – independencia e imparcialidad del organismo y objetivo político y económico razonable tenido en cuenta para su creación – dejan abierto hacia el futuro, de cara a futuras controversias judiciales sobre este tipo de organismos administrativos, un enorme margen de discrecionalidad en favor del Poder Judicial. Especialmente para juzgar sobre la constitucionalidad de eventuales tribunales administrativos y aún cuando las normas de creación cumplieren acabadamente con las condiciones regladas mencionadas en el párrafo anterior.

c) Para fundar su postura restrictiva respecto de las cuestiones que pueden ser sometidas a la resolución previa de tribunales administrativos, la Corte Federal Argentina adopta como base los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica mediante la denominada doctrina de la jurisdicción primaria, los cuales constituyen o reflejan las premisas enunciadas en la doctrina nacional como “principio de la especialidad”.

Es el principio de la especialidad la herramienta jurídica más importante a utilizar para dilucidar en cada caso el alcance de las competencias atribuidas a los entes reguladores.

d) El Alto Tribunal no impugna la validez constitucional de los organismos administrativos cuya creación, composición y reglas de funcionamiento no concuerden con los requisitos exigidos para constituirse en verdaderos tribunales administrativos, pero les niega tal carácter y la posibilidad de ejercer función jurisdiccional alguna. En este sentido, la Corte Federal se ocupa especialmente de aclarar que la misma Secretaría de Energía tiene razón respecto de la incompetencia del Ente Nacional Regulador de la Electricidad para dirimir conflictos con arreglo a principios de la legislación común.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se limita a establecer que cualquiera sean las competencias asignadas a éstos organismos, deben abstenerse de intervenir cuando no se satisface alguno de sus requerimientos.

e) El fallo no tiene expresiones terminantes respecto de la naturaleza jurídica de los denominados “entes reguladores de servicios

públicos”, y, especialmente no emite opinión fundada expresa sobre tal naturaleza respecto del Ente Nacional Regulador de la Electricidad. Pero sí excluye manifiestamente del ámbito de actuación del mismo la resolución de controversias entre particulares en aquellos casos en que para hacerlo deba aplicarse el derecho común.

f) Implícitamente, el fallo deja entender que los “entes reguladores de servicios públicos” no son tribunales administrativos ni deben ser considerados o calificados como tales, pero no queda claro si además les prohíbe ejercer funciones jurisdiccionales, cuestión esta última que no es tratada de manera categórica, desde lo jurídico, en la sentencia bajo comentario.

g) Por el contrario, desde el momento que la Corte Suprema excluye de las controversias a resolver por los entes reguladores, expresamente aquellas suscitadas entre particulares y regidas por el derecho común, es razonable entender que “no excluye” las suscitadas entre entidades públicas estatales y no estatales con los particulares, sean éstos usuarios o prestatarios²²⁹ y que tampoco excluye las controversias entre particulares regidas por el derecho público²³⁰.

²²⁹ De hecho, el ente regulador debe resolver conflictos suscitados entre un Ministerio o Secretaría de Estado y un prestador, por ejemplo por temas vinculados con una obra pública que el primero ejecuta. En tal sentido es común que se planteen reclamos de un organismo estatal ejecutor o contratante de la ejecución de una autopista contra empresas transportistas o distribuidoras de electricidad para que se trasladen las instalaciones en determinada área. Es decir, se trata de conflictos entre personas públicas y privadas que se resuelven con aplicación de normativas previstas en las reglamentaciones o en el mismo contrato de concesión. En otro orden, se plantearon ante un ente regulador reclamos de municipios contra distribuidores de gas natural y de energía eléctrica por cobro de tributos (en el caso tasa por uso de espacio público, actividades económicas e ingresos brutos). Es decir, en éste último caso, se trata de conflictos entre personas públicas y privadas regidos por normas del derecho tributario. Nos preguntamos qué sucedería y como resolvería la Corte Suprema de Justicia de la Nación un reclamo de daños y perjuicios efectuado por un organismo del Estado contra el prestatario de un “servicio público”, invocando idénticos o similares motivos a los que, en su momento, se reclamara en el “caso Estrada”.

²³⁰ La Corte no aclara expresamente quién debe resolver los reclamos de daños efectuados por usuarios, contra los prestatarios privados de servicios públicos,

No se trata de una observación de menor importancia, ni carente de consecuencias jurídicas. Es una omisión desafortunada por su gran trascendencia hacia el futuro, especialmente si se tiene en cuenta que los conflictos entre entidades públicas con particulares y las controversias entre particulares regidas por el derecho público, “no resueltos ni referidos por la Corte al resolver el caso Ángel Estrada”, ocupan más del cincuenta por ciento de los casos que el E.N.R.E. y el E.Na.R.Gas “son llamados” a ejercer sus competencias y aplicar sus conocimientos específicos.

De manera que, además de haberse expedido confusamente en el tema sobre el cual se ocupó, el más Alto Tribunal directamente omitió “ocuparse” de los temas más importantes, por frecuentes y por complejos.

h) Los tribunales judiciales son ahora quiénes deben expedirse en cada caso sobre la razonabilidad de los motivos que llevaron a la creación de cualquier organismo administrativo que sea calificado como tribunal administrativo. La pregunta sin responder en el fallo es sí tal examen de razonabilidad también debe practicarse en aquellos casos de organismos administrativos creados por ley y que, aún cuando la norma de su creación no los califique como “tribunales administrativos”, sí les atribuya expresamente el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Nuevamente corresponde insistir y enfatizar el contenido de la observación que aquí se realiza, pues justamente es éste el caso de ambos organismos, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad y el Ente Nacional Regulador del Gas. De manera que, aún después de “Ángel Estrada”, la incertidumbre sobre otro tema fundamental y de trascendencia futura continúa y, con ella, “brotan” riesgos de inseguridad jurídica y desprotección de los derechos ciudadanos.

en aquellos casos en que la normativa a aplicar integra el Contrato de Concesión, como sucede, por ejemplo, con los daños producidos por altas y bajas de tensión eléctrica en artefactos domésticos (la cuestión no es menor si tenemos en cuenta que se trata de una situación permanentemente planteada ante el E.N.R.E.).

i) Los tribunales judiciales son también quiénes deben examinar y opinar respecto del cumplimiento del requisito de independencia e imparcialidad, en cualquier organismo calificado como “tribunal administrativo” por la ley de su creación. Cabe entonces la misma pregunta que nos hicimos en el punto anterior, es decir, si tales exigencias rigen también respecto de los organismos administrativos que sin haber recibido calificación alguna reciben expresas atribuciones para ejercer funciones jurisdiccionales.

j) Las condiciones para el cumplimiento de los dos requerimientos de la Corte examinados en último término constituyen una verdadera incógnita jurídica, pues el Alto Tribunal se limita a enunciarlos, sin analizar y establecer cuáles son los atributos que deben cumplirse o las condiciones técnicas, jurídicas e institucionales que hacen al organismo administrativo, a cargo de la resolución de controversias entre particulares con aplicación del derecho común, una institución independiente e imparcial. Al respecto, tampoco desarrolla el pronunciamiento qué debe entenderse como “motivos razonables” para crearlos.

8. SITUACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA

a) Repaso sobre los requerimientos básicos de la Corte

Como es dable concluir, luego de haber analizado en detalle sus consideraciones, lejos de limitarse al análisis de un caso concreto y de restringirse al juzgamiento de supuestas potestades jurisdiccionales de los entes reguladores, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en el caso Ángel Estrada establece una verdadera doctrina respecto de los tribunales administrativos, definiendo los requerimientos para que los organismos administrativos puedan ocuparse legítimamente de la resolución de controversias entre particulares.

El fallo bajo comentario establece por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal un principio general, clara y decisivamente restrictivo del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de órganos administrativos, limitando o condicionando su legitimidad al cumplimiento de determinados requisitos cuya observancia es sumamente difícil.

Pero fundamentalmente, la Corte Suprema advierte, con suma prudencia y responsabilidad institucional, que la descalificación absoluta de los tribunales administrativos, o de los organismos administrativos con funciones jurisdiccionales, provocaría un desorden institucional sumamente riesgoso en algunos casos y directamente perjudicial en otros, por lo cual deja siempre a los tribunales judiciales la determinación sobre si tales requerimientos se han cumplido por el órgano administrativo y si existe legítimo ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Esta postura restrictiva se denota cuando expresa la Corte que “el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los artículos 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que... prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente”²³¹.

En el texto citado encontramos dos requerimientos cuyo cumplimiento se verifica de manera previa a cualquier análisis particula-

²³¹ Cfr. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cia. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, Considerando 12°.

rizado, es decir, la creación por ley y la existencia de control judicial “amplio y suficiente” respecto de sus decisiones. De no constatarse estos dos requerimientos la prohibición para ejercer funciones jurisdiccionales es absoluta, con independencia de si se cumplen o no los demás requerimientos.

Sobre el control judicial suficiente de las decisiones que adopte el órgano administrativo – desde siempre considerada como un requerimiento más – a nuestro criterio constituye una condición constitucionalmente inevitable, puesto que cualquiera sea la naturaleza de la resolución que adopte un órgano administrativo siempre la misma debe ser susceptible – al menos en nuestro derecho – de recursos ante los tribunales judiciales.

En tal sentido, se advierte que el eventual perjuicio que pudiera derivarse de la ausencia de control judicial nunca llegará a producirse como derivación exclusiva y directa del acto administrativo cuya revisión judicial no está prevista, porque, en último caso, el perjuicio derivará directamente del fallo judicial que niega tal revisión por existir una “norma” que no la contempla o que, inconstitucionalmente, pretende prohibirla.

En efecto, y como bien enseña CASSAGNE la inexistencia de un control judicial sobre el acto emanado del organismo administrativo, más que la inobservancia de un requerimiento pretoriano significaría “la trasgresión del principio de la tutela judicial efectiva que tiene una jerarquía constitucional superior al surgir de un tratado internacional incorporado a la Constitución por la reforma de 1994, como es la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8 y 25)”²³².

De manera que, el juez o tribunal que denegara el pedido de revisión judicial de un acto administrativo está violando la misma Constitución Nacional y es responsable, personalmente o solidaria-

²³² Ampliar, con seguro provecho, en CASSAGNE, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores...”, *passim* (sugerimos la lectura de la doctrina allí citada).

mente con el Estado, por los daños y perjuicios que pudieren derivarse de tal denegatoria, aún cuando para fundar la inconstitucional negativa invocara una norma legal o reglamentaria que limita o veda la revisión judicial.

Entendemos entonces que ambas exigencias²³³ constituyen requerimientos esenciales de carácter previo, cuya existencia no legitima al órgano para ejercer actividad jurisdiccional sino que tan solo le otorga una “aparición de legalidad” a su existencia misma y a sus actos, habilitando la revisión judicial sobre el cumplimiento de los requerimientos no esenciales como son el grado de independencia e imparcialidad del órgano y la razonabilidad de los motivos que llevaron a su creación. Estos últimos son ahora objeto de análisis.

b) El requerimiento de la independencia e imparcialidad

La independencia es sinónimo de libertad y autonomía, se atribuye independencia a quien sostiene sus opiniones sin dejarse influir por amenazas, halagos o respetos. Ser autónomo es gobernarse a sí mismo, en todo o en algunos aspectos, es no depender de otros²³⁴. Por su parte, la imparcialidad es una cualidad mucho más concreta que se atribuye a aquel que juzga o procede “sin prevención”, en favor o en contra de algo o de alguien²³⁵.

En la práctica legislativa, no aparece como una cuestión demasiado compleja ni carente de viabilidad constitucional, la creación de organismos administrativos con características de independencia e imparcialidad, pues basta con así establecerlo y prever algunos pocos aspectos, especialmente procedimentales, que aseguren la mínima intervención de otros órganos sobre sus decisiones.

²³³ Creación por ley y control judicial suficiente y amplio.

²³⁴ Sobre la voz referida en el texto, sugerimos ver el Diccionario Enciclopédico Salvat – Ediciones Malvinas Argentinas S.R.L.

²³⁵ *Ibid.* (voz “imparcialidad”).

Sin embargo, conforme deducimos de los conceptos que citamos en el párrafo inicial del presente título, no es la sola mención legal o la expresa atribución normativa de los condiciones de independencia e imparcialidad, lo que importa realmente en la práctica, sino la independencia e imparcialidad funcional del órgano creado, es decir, la de sus miembros, la de los actos que emite y la de los procedimientos para su fundamentación, validez y vigencia.

En efecto, si bien consideramos de innegable utilidad prever normativamente los principios y reglas que declaren y aseguren el respeto por la independencia operativa y funcional del regulador, es fundamental advertir que tanto la independencia como la imparcialidad son “cualidades” de las personas y, a partir de tal esencia, sirven al lenguaje jurídico para convertirse en “atributos legales” de los órganos administrativos.

Por ello, la cuestión no termina ni se limita a la mera calificación legal, de “independiente” e “imparcial”, respecto de los órganos administrativos..., por el contrario, el problema comienza allí, pues es trascendental asegurar luego, en la práctica, el respeto estricto por dicha independencia funcional, sea que la misma haya sido prevista legalmente o no, y en el primer caso, cualquiera sean los términos de tal previsión.

El regulador “independiente” es una de las garantías fundamentales que tienen los prestatarios y los usuarios y constituye uno de los más importantes sustentos del sistema en su conjunto²³⁶. La independencia funcional debe adoptarse como una característica propia e inmanente de la institución de regulación y no limitarse o conformarse con una imposición legal.

²³⁶ Sobre la independencia de los reguladores en la Argentina - con aplicación a cualquier otro país especialmente de América Latina - destacamos el trabajo citado de COMADIRA, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al E.N.R.E., E.Na.R.Gas, ETOSS y CNT)...”, página 217 y ss. Ver también CASSAGNE, *Intervención Administrativa...*, página 162 y ss.

En un mismo sentido, tanto la independencia como la imparcialidad son cualidades absolutas del regulador, produciendo sus efectos en todos sus actos y relaciones. Por ello, se postulará y defenderá dicha independencia tanto respecto de la actuación de la institución estadual, gobierno mediante, como respecto del prestador, y porqué no, también respecto del usuario y de los medios de comunicación. Cualquiera de ellos, gobierno, prestador, usuario y medios de comunicación, pueden llegar a una perniciosa "captura" del regulador cuando presionan innecesariamente sobre sus decisiones y sus actos²³⁷.

En el contexto de la prestación de un servicio público encontramos organismos estatales que otorgan las habilitaciones²³⁸, otros organismos, estatales también, cuyas funciones se extienden a la planificación de las expansiones y las inversiones²³⁹, hayamos también a los prestatarios y sub-prestatarios²⁴⁰, a los usuarios actuales y poten-

²³⁷ Sobre la teoría de la captura del regulador es sumamente provechosa la lectura del extraordinario trabajo de Barry M. MITNICK, *La Economía Política de la Regulación*, Fondo de Cultura Económica/Economía Contemporánea, 1989, página 21 y ss.

²³⁸ Generalmente el otorgamiento de una concesión, licencias, permisos o autorización, cualquiera sea la materia de que se trate, concentra la decisión final en el máximo órgano de la Administración (en el caso de nuestro país el Poder Ejecutivo), aún cuando el procedimiento de selección del futuro prestador es llevado a cabo por órganos desconcentrados (Ministerios, Secretarías de Estado, Comisión de Privatización, Comisión de Adjudicación).

²³⁹ Como puede ser un Ministerio de Servicios Públicos, una Secretaría de Estado (es el caso de la actual Secretaría de Energía de la Nación) o incluso un ente descentralizado con especialización en determinado servicio como lo es el Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento (E.N.O.H.Sa).

²⁴⁰ En muchos casos el prestatario de un servicio público que recibió una concesión o licencia puede sub-concesionar o sub-licenciar determinadas áreas o aspectos de las prestaciones con autorización del ente regulador o del poder concedente (según el marco normativo que se haya determinado en cada caso), conservando siempre el concesionario o licenciatario distintos niveles de responsabilidad respecto del servicio sub-concesionado o sub-licenciado. Es común también permitir a los concesionarios o licenciatarios realizar sub-contrataciones respecto de determinados aspectos de las prestaciones, lo cual debería realizarse siempre

ciales²⁴¹, las asociaciones que los representan, las corporaciones, las asociaciones de trabajadores e innumerables "terceros interesados"²⁴².

El regulador, entre tantos actores y personas vinculadas con el servicio, actúa incentivando y orientando las acciones y las decisiones de manera que tiendan natural o artificialmente a la satisfacción del interés público y no de intereses particulares o sectoriales, al tiempo que armoniza y equilibra las pretensiones de cada interés particular para evitar conflictos y perjuicios innecesarios. Es decir, el regulador de un servicio esencial no sólo debe conciliar intereses entre prestadores y usuarios, sino que actúa en el marco de una compleja "maraña" de atribuciones legales, deberes contractuales, derechos adquiridos y obligaciones debidas, entre múltiples personas físicas y jurídicas.

El estudio sobre estas cualidades, y especialmente respecto de la "independencia" del ente regulador, debe profundizar sobre esta y otras cuestiones de la práctica regulatoria, no limitándose a una mera mención teórica, pues esto último no superaría la categoría de "anhelo", doctrinario o legislativo, más que el aseguramiento de una verdadera situación de independencia.

Al respecto, y teniendo en cuenta lo expresado en último término, es posible identificar en la práctica acciones y decisiones de suma importancia y trascendencia al momento de resguardar la independencia funcional de los entes reguladores, las que serán trata-

con la autorización previa del organismo regulador del servicio o de una autoridad pública.

²⁴¹ Calificamos como "usuario potencial" a aquel o aquellos usuarios que no tienen aún acceso a la infraestructura del servicio pero cuyas zonas se encuentran en los planes de obras e inversiones previstos. Estos usuarios tienen tanto derecho como los usuarios actuales a conocer y participar en los procedimientos de determinación de tarifas y en el control del cumplimiento de las obras e inversiones obligatorias.

²⁴² Esta calificación de "tercero interesado" la utilizamos para referirnos a aquellos administrados, usuarios actuales o no, que de alguna manera pueden beneficiarse o perjudicarse con las obras previstas o con el cumplimiento de las normativas ambientales.

das en adelante del modo más elemental y con basamento en la realidad con que convive un “regulador” diariamente, evitando incurrir en meras teorías.

Respecto de la selección y designación de sus miembros, un requisito imprescindible será el concurso público de antecedentes y la posterior audiencia pública - o sesión pública - que permita evaluar sus conocimientos sobre la materia y demás condiciones personales. Luego un jurado de especialistas convocado al efecto debería emitir un dictamen fundado estableciendo un orden de mérito, y sus fundamentos, para que el Poder Ejecutivo continúe el procedimiento hacia su designación definitiva.

El Poder Ejecutivo enviará todos los antecedentes a las cámaras legislativas, adjuntando un dictamen fundado con su preferencia, y, más allá de que la designación definitiva esté a cargo o no del Poder Legislativo, es imprescindible que por Ley se establezcan las condiciones básicas que debe reunir un postulante para ser admitido en el concurso.

Los términos de la designación deberían ser similares al de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia, así como las condiciones y procedimientos para su remoción del cargo. Tratándose de cuerpos colegiados nada impide establecer la rotación periódica del cargo de Presidente del Directorio.

No deben permitirse recursos administrativos contra los actos de estos organismos, entes reguladores, que habiliten la revisión administrativa de sus decisiones, sea que los mismos se interpongan ante el Presidente de la Nación o Gobernador de Provincia o sea que se analice en un Ministerio o Secretaría de Estado. Ello no obsta, claro está, a la existencia de recursos que se interpongan y resuelvan dentro del mismo organismo y, obviamente, la revisión judicial de sus actos.

Es importante prever áreas específicas con mínimas condiciones de independencia y especialización en los órganos de control interno y externo del Poder Ejecutivo, es decir, las sindicaturas generales, auditorías generales o, en su caso, los tribunales de cuentas. Aún

así, los organismos referidos en último término deben abstenerse de emitir opinión sobre la razonabilidad de los actos del organismo administrativo que ejerce las funciones de regulación y control sobre los servicios públicos, sin perjuicio, claro está, del correspondiente control de legalidad sobre sus actos.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expresado hasta aquí, y tal como se destaca especialmente al analizar las funciones atribuidas a los entes reguladores de servicios públicos, la independencia e imparcialidad que debe resguardarse respecto de ellos nunca podrá ser absoluta - en el sentido de abarcar la totalidad de sus funciones - en la medida que dichos organismos forman parte de un sistema, cuyo marco institucional comparten con el titular del servicio, poder concedente, y con cada uno de los actores que desempeñan sus tareas en el mercado regulado.

Por ello, no obstante los esfuerzos que puedan realizarse para asegurar y mantener la independencia e imparcialidad del ente regulador, su naturaleza administrativa y su pertenencia o dependencia del Poder Ejecutivo, por cierto inevitable en el marco de la Constitución Nacional, son factores que siempre atenúan los niveles de independencia, evitando que esta sea absoluta. Aún cuando la dependencia descrita lo es desde el punto de vista administrativo, inevitablemente se genera una sujeción que sin dudas impacta sobre la totalidad de la actividad que desarrolla el órgano.

Un claro ejemplo de lo que decimos lo advertimos con la existencia, en las leyes 24.065 y 24.076, del recurso de alzada contra las decisiones del E.N.R.E. y el E.Na.R.Gas., aunque sólo respecto de actividades no jurisdiccionales, con la idea de que así se conserva intacta la independencia e imparcialidad del organismo cuando ejerce supuestas funciones jurisdiccionales. Aún cuando siempre deben respetarse los niveles de independencia e imparcialidad respecto de las funciones específicas de regulación, indudablemente la dependencia que crea tal recurso se transmite inevitablemente al espíritu de todas las decisiones de ese organismo.

Respecto de la naturaleza jurídica y ubicación institucional de los entes reguladores, además de lo expresamente establecido en las normas de su creación, ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación que “se trata de entidades autárquicas; descentralizaciones jurídicas del Estado que participan de la naturaleza pública de éste, y que pese a su personalidad diferenciada, se enmarcan dentro de la organización administrativa estatal”²⁴³.

En el sentido que venimos exponiendo, la Procuración del Tesoro de la Nación también se ocupó de advertir que los entes reguladores de los servicios públicos son entidades autárquicas que forman parte de los cuadros de la Administración Pública, que no dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo Nacional, y el control que éste ejerce sobre ellos es administrativo o de tutela - por oposición al control jerárquico -, el que no alcanza a las cuestiones de naturaleza técnica encomendadas exclusivamente a tales organismos de regulación en función de su idoneidad técnica, salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad²⁴⁴.

De este modo concluimos en que la independencia e imparcialidad del órgano administrativo, en el mejor de los casos alcanzará niveles muy inferiores a los que presenta un órgano judicial.

La lectura de reciente jurisprudencia de la Corte Federal, permite inferir con cierto grado de certeza que los factores que será tenidos en cuenta en pronunciamientos futuros, a los efectos de juzgar sobre la imparcialidad e independencia de un órgano creado por Ley como “tribunal administrativo”²⁴⁵ son los siguientes:

- i.- modo de designación y remoción de sus integrantes;
- ii.- autonomía del órgano calificado como “tribunal” para el dictado de sus reglamentos de funcionamiento interno;

²⁴³ Cfr. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, tomo 228, página 114.

²⁴⁴ *Ibid.*, tomo 227, página 119.

²⁴⁵ Lo que en definitiva significa juzgar su constitucionalidad.

iii.- posibilidad de revisión por parte del poder Ejecutivo de los actos que emite, eventuales recursos jerárquicos o de alzada;

iv.- procedimientos que el “tribunal administrativo” utiliza para la resolución de las distintas controversias;

v.- tiempo que duran los miembros del “tribunal” y requisitos tenidos en cuenta para su designación.

Es importante recordar y reiterar, finalmente, que los entes reguladores no son corporaciones de intereses sino cuerpos de especialistas, independientes no sólo del órgano ejecutivo sino más importante aún de cualquiera de los actores involucrados en las actividades sobre las cuales recaen sus competencias²⁴⁶.

c) La razonabilidad de los motivos que llevaron a la creación del órgano

El sutil, y casi desapercibido, requerimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sirve de título a esta parte del estudio, es tan importante que reserva definitivamente a favor de los tribunales judiciales, la calificación o nominación jurídica de un órgano administrativo con funciones jurisdiccionales.

Como se expresara más arriba, se trata de la exigencia que sirve de principal sustento para la decisión final adoptada en el pronunciamiento del fallo “Estrada”, especialmente porque la Corte considera relevante “que no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente”, por el contrario “los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada

²⁴⁶ En el caso de los entes reguladores, por ejemplo, no podrían integrar los mismos ni representantes de usuarios, ni de los trabajadores, ni de las empresas ni mucho menos de cualquier estructura estatal.

carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación²⁴⁷.

Será entonces el Poder Judicial, sea cual fuere la calificación normativa o legal de un determinado órgano administrativo, la que otorgue la naturaleza jurídica que corresponda, de acuerdo a los requisitos que hemos analizado anteriormente y a un análisis absolutamente discrecional, si bien limitado por los principios de legalidad y razonabilidad. En otros términos, a partir del requerimiento pretoriano que analizamos, son los tribunales judiciales – y no una norma legal ni reglamentaria – quienes tienen palabra final sobre la atribución de un organismo administrativo para ejercer las funciones jurisdiccionales que se les han encomendado.

Es decir que, resumiendo lo expresado hasta aquí, podríamos decir que para arribar a una decisión final sobre el tema, el juez o tribunal debe tener en cuenta básicamente tres parámetros reglados y dos de juzgamiento o análisis discrecional. Respecto de los primeros, el control judicial, la creación por ley y el derecho aplicable constituyen las exigencias concretas que establece la Corte Suprema, cuyo cumplimiento se constata mediante un análisis objetivo y casi estrictamente normativo.

Respecto de los parámetros “discrecionales”, la independencia e imparcialidad del órgano y la razonabilidad de los motivos que dieron sustento a su creación son exigencias pretorianas que abren un inmenso campo al análisis judicial del caso concreto, motivo por el cual, es posible afirmar con acierto, que a quedando en manos del Poder Judicial la definición sobre la naturaleza jurídica de un órgano administrativo al que su ley de creación le atribuye funciones jurisdiccionales, definición a la cual arribará mediante un análisis pormenorizado sobre la ley de creación del órgano y los motivos que llevaron a su dictado.

²⁴⁷ Cfr. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cia. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, Considerando 14º.

Ahora bien, en este contexto, y sin ánimo de generar polémicas, corresponde preguntarse si es constitucionalmente viable esta intervención que la Corte reserva exclusivamente a los tribunales judiciales y que deriva en la posibilidad de que un juez declare de oficio la inconstitucionalidad de una ley.

La respuesta a este interrogante no es sencilla. Si bien el órgano judicial puede indudablemente exigir que se respete el principio del control judicial suficiente respecto de los actos emanados de los órganos ejecutivo y legislativo, puesto que lo contrario implicaría violentar cláusulas constitucionales que demandan el control de legalidad y constitucionalidad de los actos emanados de cualquier poder del Estado, al agregar exigencias netamente discrecionales como son la independencia e imparcialidad de los miembros de un “pretendido” tribunal administrativo y al atreverse a ingresar a analizar si el objeto político y económico de su creación es razonable, el más Alto Tribunal se introduce en una cuestión que podría incluso contradecir sus propios fallos dictados y reiterados a lo largo del tiempo respecto de la zona de reserva de la Administración y las cuestiones no justiciables²⁴⁸.

A nuestro criterio, teniendo en cuenta que al dictar leyes que crean órganos administrativos con funciones jurisdiccionales, el Poder Legislativo avanza sobre funciones en principio reservadas por la

²⁴⁸ Al respecto, al resolver el caso “Estrada” la Corte Suprema de Justicia de la Nación se atreve a ingresar sutilmente al polémico campo de la división de poderes, indagando sobre las intenciones del Poder Legislativo al disponer la creación de órganos administrativos con “funciones jurisdiccionales”. En este sentido, expresa el Tribunal que “... no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importancia un avance indebido sobre las atribuciones que el artículo 116° de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación (cfr. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cia. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, Considerando 14).

Constitución Nacional al Poder Judicial, las limitaciones y requerimientos que establece la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como máximo órgano de ese Poder, tienen suficiente justificación y presentan razonabilidad.

Al mismo tiempo, consideramos prudente por parte de la Corte evitar medidas extremas como hubiere sido la de establecer una prohibición genérica a los efectos de resguardar la exclusividad en el ejercicio de sus funciones constitucionales, pues ello hubiera generado un amplio campo de inseguridad jurídica.

En definitiva, sin dudas la Corte Suprema se atreve a transitar un camino sumamente sensible, como es el que pretende determinar el alcance de las atribuciones de un órgano de poder para ingresar a juzgar sobre decisiones de naturaleza netamente discrecionales de otro órgano de poder. Pero su audaz intervención encuentra suficiente sustento constitucional en el artículo 116° de la misma Carta Magna, en cuanto define el ámbito de actuación y las atribuciones exclusivas del Poder Judicial.

9. LA ADVERTENCIA PRETORIANA DEL CASO ESTRADA

Como expresáramos más arriba, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Ángel Estrada podría haber obviado el tratamiento profundo y abarcador que finalmente realiza respecto de la naturaleza jurídica de los entes reguladores, limitándose a resolver la cuestión que realmente había suscitado el conflicto, es decir, si la prestataria del servicio eléctrico debía responder por los daños y perjuicios causados con su accionar, más allá de las sanciones previstas en el contrato de concesión, y, en su caso, si era el ente regulador competente para definir tal indemnización.

Asimismo, también dijimos que, a nuestro criterio, los motivos que la Corte encuentra como suficientemente válidos para ingresar al tratamiento de un tema tan polémico y controvertible como el de los tribunales administrativos, es, en primer lugar, la oportunidad

que vislumbra de aclarar y conformar una verdadera doctrina sobre el tema, teniendo en cuenta la confusa jurisprudencia reinante hasta el momento, y, en segundo lugar, la necesidad de establecer un marco de certeza institucional sobre los entes reguladores de servicios públicos.

Pero lejos de limitarse a uniformar sus propios fallos y a establecer la naturaleza jurídica de los entes reguladores, el más Alto Tribunal Federal se ocupa especialmente de realizar una sutil advertencia al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. Al primero de los poderes mencionados, directamente le impone, abstenerse de crear, mediante reglamentos, órganos administrativos con funciones jurisdiccionales, tal lo que surge de la exigencia de ley formal para su creación.

Al Poder Legislativo, por su parte, le advierte sobre la necesidad de adoptar un criterio sumamente restrictivo al momento de evaluar y decidir respecto de la posible creación de organismos administrativos con “funciones jurisdiccionales”, o en su caso atribuirle tales “funciones” a organismos administrativos ya existentes. El mensaje de la Corte es que debe reservarse la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos para casos muy excepcionales, en los cuales no existan con seguridad alternativas más convenientes.

Pero, fundamentalmente, para el caso de crear órganos administrativos con funciones jurisdiccionales, el Poder Legislativo debe establecer en la misma ley las condiciones adecuadas, tanto en lo atinente a la organización administrativa e integración o composición, como también respecto de los procedimientos para el dictado y revisión de sus actos. De manera que se asegure la plena independencia e imparcialidad de tales organismos, extremando los fundamentos respecto de la legalidad de su creación, pero, especialmente, fundando adecuadamente la “razonable necesidad” de su existencia, lo cual deberá plasmarse tanto en los debates parlamentarios como en la normativa misma.

Por ello, para el Poder Legislativo, superar la prueba de la independencia e imparcialidad del órgano creado sólo significa, en el pensamiento de la Corte, haber expuesto fundadamente la legalidad y constitucionalidad de su creación. Pero la tarea legislativa no termina allí, pues además deberá demostrar la “razonabilidad de los motivos políticos y económicos” que derivaron en su nacimiento, lo cual será examinado en los ámbitos judiciales con sentido restrictivo.

10. SITUACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La doctrina sentada en el caso Ángel Estrada, sin perjuicio de establecer serias limitaciones para la existencia y subsistencia de tribunales administrativos en nuestro derecho, e incluso limitando drásticamente la posibilidad de atribuir a organismos administrativos funciones jurisdiccionales, niega terminantemente tal carácter a los entes reguladores – el de “tribunales administrativos” –.

Ahora bien, ello no sería trascendente en la práctica si no fuera porque, además, coloca a dichos organismos en una difícil posición institucional, frente a los “nuevos” requerimientos pretorianos, al momento de ejercer las “funciones jurisdiccionales” que les han sido atribuidas y que no han sido derogadas. Veamos el motivo de nuestra afirmación.

En primer lugar es importante dejar sentado nuevamente que la Corte ha negado competencias a organismos administrativos para resolver controversias entre particulares mediante la aplicación de normas del derecho común²⁴⁹, pero no ha negado a los mismos la posibilidad de resolver controversias entre particulares mediante la aplicación de normativas de derecho público. Si bien, en este último

²⁴⁹ Vid. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cia. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, considerandos 15° y 16° del voto de mayoría.

caso, estableció requerimientos básicos para que tal actividad se desarrolle en consonancia con principios constitucionales²⁵⁰.

En segundo lugar, aún en el caso de organismos administrativos que resuelven controversias entre particulares mediante la aplicación de normas del derecho público, no siempre ni en todos los casos es aceptada dicha actividad por la Corte, pues establece el más Alto Tribunal que los organismos administrativos se limitan a desarrollar sus atribuciones conforme la regla de la especialidad, debiendo por tanto abstenerse de intervenir en cuestiones ajenas a los fines tenidos en cuenta para su creación²⁵¹.

En este marco, queda claro que aquellos entes reguladores creados por actos administrativos del Poder Ejecutivo²⁵² están impedidos de ejercer funciones jurisdiccionales y que el requerimiento de control judicial amplio y suficiente no merece mayor análisis puesto que siempre existe la posibilidad – al menos en nuestro derecho – de solicitar la revisión judicial de las decisiones adoptadas por los entes reguladores. Los mismos tribunales judiciales deben hacer valer su condición y el orden constitucional, ocupándose especialmente de que, a partir del recurso judicial, la revisión sea ilimitada.

Pero lo más importante a definir, a la hora de examinar la posición jurídica de las instituciones reguladoras de los servicios públicos en Argentina, a partir de los requerimientos establecidos por la Corte Suprema, consiste en la aptitud de los entes reguladores que han sido creados por Ley del Congreso de la Nación²⁵³ para fran-

²⁵⁰ *Ibid.* considerando 12° del voto de la mayoría.

²⁵¹ *Ibid.* considerando 14° del voto de la mayoría.

²⁵² Como es el caso del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios – Decreto 999/92. Aún cuando dicho organismo se encuentra previsto expresamente en la Ley 23.696, tal norma sólo realiza una mención, siendo que su creación formal y el conjunto de atribuciones – entre ellas las jurisdiccionales – se materializa por un Decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

²⁵³ Es el caso del E.N.R.E.- Ley 24.065 – y del E.Na.R.Gas – Ley 24.076 -, que sin dudas cumplen con dicho requisito y el de control judicial amplio y suficiente sobre sus actos.

quear exitosamente los demás requerimientos, es decir, independencia e imparcialidad “aseguradas” y razonabilidad en el objetivo político y económico tenido en cuenta por el legislador para crearlos.

A nuestro criterio la independencia e imparcialidad no están aseguradas por que no existen previsiones normativas prácticas que se ocupen de establecer pautas o premisas formales y procedimentales vinculadas con el resguardo de tales “valores”.

Por el contrario, las exigencias para ser Presidente o integrar el Directorio de un ente regulador no difieren ni agregan nada respecto de las exigencias comunes para ocupar cualquier cargo público, así como tampoco se han adoptado otras previsiones legales para resguardar o “asegurar” un mínimo de independencia e imparcialidad en el funcionamiento del ente regulador.

Así por ejemplo, en el caso del E.N.R.E. y del E.Na.R.Gas, se han previsto sendos “recursos de alzada” contra sus decisiones, que implican la revisión de tales actos por organismos de la administración central, en el caso la Secretaría de Energía de la Nación²⁵⁴, así como tampoco se han establecido pautas y condiciones que aseguren la “estabilidad en los cargos” de los integrantes de los directorios.

Por el contrario, advertimos que nada se agrega en la legislación vigente que demuestre la voluntad del legislador de asegurar cierta independencia e imparcialidad en los entes reguladores, características que han sido destacadas por la doctrina mayoritaria como fundamentales, pero que nunca han sido objeto de una protección normativa.

A favor del legislador, también debemos aceptar que tampoco la normativa vigente se refiere a los entes reguladores como “tribunales administrativos” ni a sus integrantes como jueces administrativos, lo cual exime, en principio, al autor de la norma, de ocuparse en

²⁵⁴ El recurso de alzada ante la Secretaría de Energía de la Nación contra actos emitidos por ambos entes reguladores, como advertimos más arriba, tienen un desimil tratamiento en las leyes que crean ambos organismos. El tema es tratado con mayor detenimiento más adelante.

particular de “asegurar la independencia” o “explicar la razonabilidad económica y política” de una institución, que, a primera vista, aparece como un organismo administrativo más.

En definitiva, nada puede encontrarse en la legislación vigente que crea los entes reguladores que pueda hacer suponer intención alguna en el legislador de otorgarles naturaleza de tribunales administrativos, lo cual aparece más como un anhelo doctrinario que como una realidad legal. Y a ello debemos agregar un detalle igualmente significativo, pues tampoco el Poder Ejecutivo, ni el mismo ente regulador, admiten o pretenden que se les atribuya naturaleza de “tribunal”.

En efecto, como demostramos en el análisis del fallo Ángel Estrada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, exclusivamente en lo referido al alcance de las competencias del E.N.R.E., se pronuncia a favor de la postura que dicho ente regulador y la Secretaría de Energía habían sostenido desde un principio, es decir, que la determinación de los daños y perjuicios – y su condena al pago – derivados del incumplimiento del contrato celebrado entre un distribuidor de energía eléctrica y un usuario, se hayan fuera de su jurisdicción – la del ente regulador –.

Al respecto, es importante tener en cuenta que el caso llega a la Corte por la “apelación” que ambos organismos efectúan contra el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones, en la parte del mismo que le ordenaba al ente regulador determinar la cuantía de la reparación reclamada por un usuario ante un corte de energía eléctrica, que obligó a este último a alquilar un equipo electrógeno y al pago de sueldos extras al personal.

El legislador no tuvo intención de crear “tribunales administrativos”, ni la Secretaría de Energía ni los mismos entes reguladores se creen tales, la Corte Suprema de Justicia no vislumbra viabilidad constitucional para otorgarles dicha naturaleza jurídica..., todo lo cual nos lleva a concluir el debate sobre la naturaleza jurídica de los entes reguladores. No vemos el sentido de continuar una discusión

donde parece existir una sola parte o al menos una sola que se esmera por fundar su postura.

CAPÍTULO III
LA DISTINCIÓN ENTRE “RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS” Y EJERCICIO DE
FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA ACTIVIDAD A CARGO
DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. PLANTEO INICIAL

En este título se intentará demostrar que el desordenado debate doctrinario y las tan variadas, como contradictorias, decisiones jurisprudenciales sobre los entes reguladores, tanto referidas a su naturaleza jurídica como respecto del alcance de las funciones que los mismos desempeñan, al menos en nuestro derecho no pueden, con razón, atribuir su existencia y subsistencia a una eventual ambigüedad en la normativa vigente o a un vacío legal en la materia.

Es decir, en otros términos, tal discordancia científica y jurisprudencial no puede ni debe atribuirse a defectos en las leyes mediante las cuales se crean los entes reguladores de servicios públicos, sino a diferentes posturas ideológicas y doctrinarias y a excesos y deformaciones reglamentarias.

En efecto, es necesario a esta altura del estudio reconocer, e identificar luego correctamente, que los problemas aparecen a partir de las reglamentaciones que el Poder Ejecutivo practica sobre las normas legales, sin perjuicio de advertir también, con menor incidencia, sobre la exageración con que la doctrina ha tratado la cuestión y la alarmante imprecisión de la jurisprudencia, que, como hemos

analizado más arriba, careció durante mucho tiempo de líneas claras y definidas que debieron ser fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ahora bien, en lo que se ha desarrollado hasta aquí, quedó descartada la posibilidad de calificar o atribuir naturaleza de “tribunal administrativo” a los entes reguladores, así como también se apartó la posibilidad de reconocer que los mismos sean “organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares”.

Esto es así desde que, además de no haber recibido dicha naturaleza en las leyes de su creación, y tal como advirtiéramos más arriba, recientemente la Corte uniformó su doctrina y requiere, para atribuir tal carácter a un organismo administrativo “... (Que) su independencia e imparcialidad estén aseguradas, (y que) el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable...”²⁵⁵.

De manera que, la función asignada a los entes reguladores para resolver las controversias que se susciten con motivo de los servicios bajo regulación, no es ni más ni menos que eso, es decir, resolución de controversias a través de actos administrativos, y toda pretensión de calificar a esa actividad como “ejercicio de función jurisdiccional”, además de carecer de utilidad práctica, colisiona con los artículos 109°, 116° y 118° de la Constitución Nacional.

Por ello, resuelta la cuestión desde la doctrina del más Alto Tribunal Constitucional corresponde ahora analizar si las normas legales y reglamentarias que ordenan el accionar de los entes reguladores les atribuyen naturaleza de tribunales administrativos y también si existe previsión normativa alguna que les encomiende expresamente el ejercicio de funciones jurisdiccionales, avanzando, en caso de ser así, inconstitucionalmente, sobre las atribuciones propias y

²⁵⁵ Cfr. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cia. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, considerando 12° del voto de mayoría.

exclusivas del Poder Judicial, por contradecir el artículo 116 de la Constitución Nacional.

El análisis que se emprende y presenta en lo que resta de éste Capítulo, no pretende ser o mostrar una mera actitud crítica, carente de objetivos útiles. Por el contrario, la intención final es sacar a relucir aquellas normas vigentes que desnaturalizan la función de los entes reguladores de servicios públicos, para, en caso de aparecer legalmente la atribución del carácter de “tribunales administrativos” a los entes reguladores, y con sustento en lo analizado hasta aquí, sugerir su inmediata corrección.

En idéntico orden, se desentrañarán con el mayor grado de detalle y sistematización posible las demás funciones encomendadas a los entes reguladores, tanto las que les autoriza para la emisión de reglas de conducta respecto de variados temas como la que les habilita a imponer sanciones, realizar auditorías contables, controles de contaminación ambiental, exámenes tarifarios, inspecciones técnicas, definición de obras e inversiones, categorización de usuarios, otorgamiento de nuevas habilitaciones o prórrogas de las existentes y muchas otras.

Esto último se hace con la intención de mostrar y probar que la discusión acerca de la naturaleza jurídica de estos organismos, generada a partir de pretender atribuirles el ejercicio de “funciones jurisdiccionales”²⁵⁶ y con ello el carácter de tribunales administrativos, significa una visión acotada de la regulación y de su ejercicio a través de entidades independientes y especializadas²⁵⁷, pues pretender que la resolución de eventuales conflictos de intereses significa en todos los casos ejercer “funciones jurisdiccionales” es tan infundado como equivocado.

²⁵⁶ En el sentido de “función judicial” y no como mera resolución de conflictos.

²⁵⁷ Ver al respecto Ismael Mata, “Una visión sesgada de la regulación”, *Revista de la Administración Pública*, Buenos Aires, N° 259, enero 2000, páginas 101/107.

Al respecto, entre los entes reguladores de servicios públicos, limitaremos el análisis - en adelante - al Ente Nacional Regulador de la Electricidad y al Ente Nacional Regulador del Gas, por cumplir ambos con el requerimiento de “creación por Ley” que establece la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cual no sucedía con el ya desaparecido Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios ni sucede con la Comisión Nacional de Comunicaciones.

2. EL ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD

En el caso del E.N.R.E. advertimos que no existe mención alguna en Ley de su creación que le atribuya naturaleza de tribunal ni tampoco que califique alguna de sus funciones como “jurisdiccional”²⁵⁸. Por el contrario, la Ley 24.065 lo “crea” “en el ámbito de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”²⁵⁹, para cumplir los objetivos de la norma y establece que “gozará de autarquía y tendrá plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado...”²⁶⁰.

Entre las funciones y facultades atribuidas al organismo²⁶¹ no se destaca ninguna que en especial merezca un trato diferenciado de otros organismos centralizados y descentralizados de la Administración²⁶², e incluso algunas de las funciones atribuidas se ejercen en

²⁵⁸ Ver y confrontar, en general, con el articulado de la Ley 24.065.

²⁵⁹ *Ibid.* Artículo 54°.

²⁶⁰ *Ibid.* Artículo 55°.

²⁶¹ *Ibid.* Artículo 56°.

²⁶² Establece la norma referida (artículo 56°), entre las funciones y facultades del E.N.R.E.: “a) Hacer cumplir la presente ley, su reglamentación y disposiciones complementarias, controlando la prestación de los servicios y el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los contratos de concesión; b) Dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse los productores, transportistas, distribuidores y usuarios de electricidad en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de acceso a inmuebles de terceros y de calidad de los servicios prestados; c) Prevenir conductas anticompetitivas,

monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios; d) Establecer las bases para el cálculo de las tarifas de los contratos que otorguen concesiones a transportistas y distribuidores y controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes concesiones y con las disposiciones de esta ley; e) Publicar los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios; f) Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de concesiones de transporte y distribución de electricidad mediante procedimientos públicos o privados cuando razones especiales debidamente acreditadas así lo justifiquen; g) Llamará a participar en procedimientos de selección y efectuará las adjudicaciones correspondientes, firmando el contrato de concesión ad referendum del Poder Ejecutivo el que podrá delegar tal función en el órgano o funcionario que considere conveniente; h) Propiciar ante el Poder Ejecutivo, cuando corresponda, la cesión, prórroga, caducidad o reemplazo de concesiones; i) Autorizar las servidumbres de electroducto mediante los procedimientos aplicables de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 18 de esta ley, y otorgar toda otra autorización prevista en la presente; j) Organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas previsto en esta ley; k) Velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública en la construcción y operación de los sistemas de generación, transporte y distribución de electricidad, incluyendo el derecho de acceso a las instalaciones de propiedad de generadores, transportistas, distribuidores y usuarios, previa notificación, a efectos de investigar cualquier amenaza real o potencial a la seguridad y conveniencia públicas en la medida que no obste la aplicación de normas específicas; l) Promover, ante los Tribunales competentes, acciones civiles o penales, incluyendo medidas cautelares, para asegurar el cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley, su reglamentación y los contratos de concesión; m) Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso; n) Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesaria para verificar el cumplimiento de esta ley, su reglamentación y los respectivos contratos de concesión, realizando las inspecciones que al efecto resulten necesarias, con adecuado resguardo de la confidencialidad de información que pueda corresponder; ñ) Publicar la información y dar el asesoramiento que sea de utilidad para generadores, transportistas y usuarios, siempre que ello no perjudique injustificadamente derechos de terceros; o) Aplicar las sanciones previstas en la presente ley, en sus reglamentaciones y en los contratos de concesión, respetando en todos los casos los principios del debido proceso; p) Asegurar la publicidad de las decisiones, que adopte, incluyendo los antecedentes en base a los cuales fueron adoptadas las mismas; q) Someter anualmente al Poder Ejecutivo y al Congreso de la Nación un informe sobre las actividades del año y sugerencias sobre medidas a adoptar en

conjunto con el Poder Ejecutivo o actuando el E.N.R.E. como órgano de consulta del mencionado poder²⁶³ u órgano de consulta y asesoramiento de los generadores, transportistas, distribuidores y de los mismos usuarios de tales servicios²⁶⁴.

En igual sentido, al momento de tratar sobre la designación de los miembros del órgano directivo de E.N.R.E., la Ley no pretende establecer ningún procedimiento ni formas especiales, limitándose, por el contrario, a disponer que “Los miembros del directorio serán seleccionados entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia y designados por el Poder Ejecutivo, dos (2) de ellos a propuesta del Consejo Federal de la Energía Eléctrica... Al designar el primer directorio, el Poder Ejecutivo establecerá la fecha de finalización del mandato del presidente, vicepresidente y de cada vocal para permitir tal escalonamiento”²⁶⁵.

Asimismo, para la remoción de los mencionados directores, la norma bajo análisis se limita a requerir solo un acto “fundado”, lo cual no agrega nada especial respecto de lo que ya establece la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y la jurisprudencia y doctrina especializada²⁶⁶, pues, en definitiva, todo “acto administrativo”, por ser tal, debe cumplir con los requisitos de la motivación y finalidad.

El único detalle especial que puede destacarse es la comunicación previa que el Poder Ejecutivo debe realizar a la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación con los fundamentos de la designación a realizarse, pero la opinión de la Comisión no es obligatoria

beneficio del interés público, incluyendo la protección de los usuarios y el desarrollo de la industria eléctrica; r) Delegar en sus funcionarios las atribuciones que considere adecuadas para una eficiente y económica aplicación de la presente ley; s) En general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación”.

²⁶³ Ver incisos g), h) y q) del artículo 56° transcrito anteriormente.

²⁶⁴ Conforme inciso ñ) del artículo 56° de la Ley 24.065.

²⁶⁵ *Ibid.*, Artículo 58°.

²⁶⁶ *Ibid.*, Artículo 59°.

para ella y, en caso de concretarse una opinión determinada, tampoco es vinculante para el Poder Ejecutivo²⁶⁷.

Durante el desarrollo de sus funciones, en sus relaciones con los particulares y con la administración pública, la Ley establece que el E.N.R.E. “se regirá por los procedimientos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias, con excepción de las materias contempladas expresamente en la presente ley”²⁶⁸. De manera que tampoco el legislador quiso establecer una normativa especial para el ejercicio de las funciones encomendadas al ente regulador ni quiso asignarle, a los actos que se dicten en ejercicio de las mismas, ninguna naturaleza jurídica especial o distinta de la que se atribuye a los actos de cualquier organismo autárquico.

Por el contrario, al referirse y reglar el ejercicio de las funciones orientadas a la resolución de controversias, las que luego darían lugar a la fuerte polémica sobre la naturaleza jurídica del organismo, la Ley utiliza un lenguaje jurídico sólido y absolutamente claro, al expresar que “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. Es facultativo para los usuarios, así co-

²⁶⁷ Expresa la Ley 24.065 en el Artículo 59° que “Los miembros del directorio tendrán dedicación exclusiva en su función, alcanzándoles las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y sólo podrán ser removidos de sus cargos por acto fundado del Poder Ejecutivo. Previa a la designación y/o a la remoción el Poder Ejecutivo deberá comunicar los fundamentos de tal decisión a una comisión del Congreso de la Nación integrada por dieciséis (16) miembros que serán los presidentes y vicepresidentes de las comisiones que cada una de las Cámaras determinen en función de su incumbencia, garantizando una representación igualitaria de senadores y diputados. Esta comisión podrá emitir opinión dentro del plazo de treinta (30) días corridos de recibidas las actuaciones. Emitida la misma o transcurrido el plazo establecido para ello, el Poder Ejecutivo Nacional quedará habilitado para el dictado del acto respectivo.

²⁶⁸ *Ibid.* Artículo 71°.

mo 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”²⁶⁹.

A partir de tales funciones, un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia construyeron paulatinamente un debate interminable, pretendiendo ver en el artículo 72° lo que el artículo 72° no mostraba. Al respecto, no es válido concluir, sin mayores análisis y fundamentos, que cuando un organismo resuelve una controversia lo hace ejerciendo funciones jurisdiccionales, ni es razonable atribuirle por ello la naturaleza de tribunal. Más aún cuando, como se expresara más arriba, todo acto del Estado, en definitiva, se dicta en el marco de un conflicto de intereses o controversia, sin perjuicio de que la resolución de dicho “conflicto” o “controversia” sea el objeto principal del acto o no.

Por otra parte, el mismo cuerpo normativo de la Ley 24.065 deja entrever su espíritu contrario a cualquier calificación especial respecto de la actividad que cumple el E.N.R.E., y a su naturaleza, cuando establece sin distinción que “Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal”²⁷⁰.

Ahora bien, cuando se estudia la reglamentación de la Ley 24.065, las conclusiones son absolutamente distintas. Lo primero que debe destacarse es que el Decreto 1398/92 tiene la virtud de construir una verdadera institución de regulación con amplias facultades e independencia de criterios y autonomía funcional, preparada, al menos desde el punto de vista normativo, para llevar adelante una política regulatoria uniforme.

²⁶⁹ *Ibid.* Artículo 72°.

²⁷⁰ *Ibid.* Artículo 76°

Asimismo, corresponde reconocer en el Decreto bajo análisis una acertada distribución de funciones entre la institución reguladora - E.N.R.E. - y los demás poderes del Estado, lo cual aparecía desde un principio como fundamental si tenemos en cuenta las potestades reglamentarias encomendadas al organismo, la existencia de una Secretaría de Estado con funciones similares - hasta su aparición - y la necesidad de cumplir con la posibilidad del control judicial sin por ello dejar en manos de la Justicia las decisiones técnicas que hacen al normal y uniforme funcionamiento del sistema.

En efecto, la normativa reglamentaria aprobada por el Decreto 1398/92 establece las pautas bajo las cuales el E.N.R.E. debe dictar las reglamentaciones que le encarga la Ley de su creación, como sucede con el desarrollo de redes²⁷¹, las condiciones de accesibilidad²⁷², los parámetros y procedimientos para el análisis, aprobación y modificación de los valores tarifarios²⁷³, la participación del E.N.R.E. durante el análisis de la posible prórroga o renegociación de la concesión²⁷⁴ y los criterios generales y pautas de contralor de las normas de calidad²⁷⁵.

Sin embargo, se nota una profunda contradicción filosófica en la norma reglamentaria que estamos analizando, pues a la vez que manifiesta, en general, la necesidad de resguardar la independencia e imparcialidad del ente regulador, dicha intención está lejos de manifestarse correctamente en su normativa particular, es decir, la reglamentación de aquellos aspectos esenciales para que dicha independencia sea una realidad y no un simple "anhelo".

Así sucede, por ejemplo, con el régimen para la designación de los miembros del Directorio, cuyo contenido muestra una importan-

²⁷¹ Ver al respecto Decreto 1398/92, Artículo 11° y ss.

²⁷² *Ibid.* Artículo 22° y ss.

²⁷³ *Ibid.* Artículo 42° y ss.

²⁷⁴ *Ibid.* Artículo 51° y ss.

²⁷⁵ *Ibid.* Artículo 56°.

te concentración de las decisiones en cabeza del Poder Ejecutivo²⁷⁶. En igual sentido, es importante advertir sobre el desacertado y limitante tratamiento que el Decreto 1398/92 realiza sobre la autarquía que la Ley 24.065 le atribuye al organismo; “limitante” especialmente cuando establece que “el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD, dentro del plazo de TREINTA (30) días hábiles, a contar a partir del dictado del acto de designación de los integrantes de su Directorio, deberá elevar a la SECRETARIA DE ENERGÍA ELÉCTRICA a los efectos de su aprobación, una norma de índole general que reglamente su gestión financiera patrimonial y contable”²⁷⁷.

Ahora bien, las consecuencias negativas del desafortunado tratamiento del Decreto 1398/92, se agravan sensiblemente cuando al reglamentar el Capítulo XIV de la Ley, comienza a realizar innecesarias e imprudentes referencias a términos jurídicos que aún no han sido definidos ni consensuados acabadamente por la doctrina especializada y tampoco en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Se trata de una situación que el “legislador” tiene el deber de conocer y cuidar.

Específicamente, con lo expresado en el párrafo anterior, se hace referencia a la atribución de naturaleza “jurisdiccional” que el decreto bajo estudio realiza respecto del ejercicio de algunas de las competencias del E.N.R.E., calificación que “debería” ser el resultado de una verdadera política de Estado y responder a los requerimientos básicos enunciados y analizados más arriba. Sin embargo, en el caso del Decreto 1398/92, pareciera ser el resultado de la improvisación y el desconocimiento.

En efecto, el decreto 1398/92, al reglamentar el artículo 72° de la Ley 24.065 establece que “los actos que emita el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD, como consecuencia de las facultades otorgadas en el Artículo 72 de la Ley N° 24.065, se-

²⁷⁶ *Ibid.* Artículo 57° y ss.

²⁷⁷ *Ibid.* Artículo 64°.

rán de índole jurisdiccional”²⁷⁸. Asimismo, el mismo Decreto establece que “Los Recursos de Alzada que se interpongan contra las resoluciones del ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD serán resueltos, en forma definitiva, por la SECRETARÍA DE ENERGÍA ELÉCTRICA, quedando agotada con su pronunciamiento la vía administrativa. A los efectos de determinar los alcances del contralor de la SECRETARÍA DE ENERGÍA ELÉCTRICA, con respecto a cada uno de los actos del citado Ente que fueren recurridos, aquélla deberá, previamente, caracterizar el acto, según sea o no de naturaleza jurisdiccional”²⁷⁹.

Como puede advertirse, el artículo 72° del Decreto 1398/92 realiza una aplicación lisa y llana de la Ley 19.549 - de procedimientos y actos administrativos -, demostrando la voluntad expresa del Poder Ejecutivo de calificar los actos emitidos por el E.N.R.E. como actos administrativos que, a lo sumo, en aquellos casos que se dicten en el marco de una controversia, sólo pueden ser revisados en cuanto a su legalidad, no así respecto de la necesidad, oportunidad o conveniencia de su dictado²⁸⁰.

En definitiva, lo que la Ley de creación del E.N.R.E. omite prudentemente establecer respecto de la naturaleza jurídica del organismo y las calificaciones jurídicas que la misma norma legal se reserva sensatamente, referidas a las distintas potestades y competencias que desempeña el mencionado organismo, lo establece de manera “apresurada”, “infundada” y contradictoria el decreto reglamentario, cometiendo un manifiesto exceso respecto del alcance de un acto de tal naturaleza - la reglamentación de una Ley no puede alterar el espíritu de la misma²⁸¹ - y provocando un peligroso estado de inseguridad jurídica.

²⁷⁸ *Ibid.* Artículo 72°.

²⁷⁹ *Ibid.* Artículo 76°.

²⁸⁰ Tal como lo establece el artículo 99° del Decreto 1759/72, reglamentario de la Ley 19.549.

²⁸¹ Así lo establece el artículo 99°, inciso 2° de la Constitución Nacional.

3. EL ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS

La ley 24.076 crea en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos²⁸² al E.Na.R.Gas y le encomienda una función de “ente rector” del sistema de transporte y distribución de gas natural, al atribuirle la ejecución y control de los objetivos fijados como “política general”²⁸³. Entre estos últimos se incluyen los de proteger derechos de los consumidores; promover la competitividad y alentar inversiones; propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural; asegurar que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables; incentivar la eficiencia en el transporte, almacenamiento, distribución y uso del gas natural y velar por la adecuada protección del medio ambiente²⁸⁴.

La misma Ley, a los efectos del ejercicio de las competencias enunciadas en el artículo 2° citado, le atribuye al ente regulador referido en último término las funciones - y facultades dice la norma - de asegurar el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los términos cada habilitación otorgada; prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias; establecer las bases para el cálculo de las tarifas y aprobarlas; determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de habilitaciones de transporte y distribución; asistir al Poder Ejecutivo Nacional en las convocatorias a licitación pública, informarlo sobre las actividades del año y sugerirle medidas a adoptar en beneficio del interés público; suscribir los contratos de concesión y determinar las condiciones de las demás habilitaciones, ad referendum del Poder Ejecutivo; autorizar servidumbres de paso; promover ante los tribunales competentes, las acciones civiles o penales que tiendan a asegurar el cumplimiento de sus funciones; reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones

²⁸² Véase la Ley 24.76, artículo 50°.

²⁸³ *Ibid.*, Artículo 2°.

²⁸⁴ El texto se extrae de los distintos incisos del artículo 2° citado.

que correspondan y asesorar a los sujetos de la industria del gas natural²⁸⁵.

Sin perjuicio de las incompatibilidades propias y naturales del cargo que se desempeña²⁸⁶, los miembros del Directorio del E.Na.R.Gas no tienen ninguna particularidad legal que los distinga de otros funcionarios. Por el contrario, son designados y removidos directamente por el Poder Ejecutivo Nacional y la misma Ley les asigna las incompatibilidades propias de los demás funcionarios públicos²⁸⁷.

Si bien la Ley establece que en sus relaciones con los particulares y con la administración pública, el E.Na.R.Gas “se regirá por los procedimientos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias”, deja la salvedad de otras regulaciones que sean dispuestas expresamente²⁸⁸.

En este último sentido dispone luego 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”²⁸⁹, siendo las “decisiones de naturaleza jurisdiccional” que se adopten “apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal”²⁹⁰.

Sin embargo, más adelante la Ley establece que las resoluciones del E.Na.R.Gas pueden ser recurridas “por vía de alzada, en los tér-

²⁸⁵ Las distintas funciones detalladas surgen expresamente del artículo 52° de la Ley 24.076.

²⁸⁶ Como lo es la prohibición de tener intereses en alguna de las actividades bajo control y regulación (cfr. artículo 56° de la Ley 24.076).

²⁸⁷ *Ibid.* Artículo 55°.

²⁸⁸ *Ibid.* Artículo 65°.

²⁸⁹ *Ibid.* Artículo 66°.

²⁹⁰ *Ibid.* Artículo 66°, segunda parte.

minos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias” y que “agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal”²⁹¹, por lo cual las resoluciones de supuesta “índole jurisdiccional” también pueden ser recurridas por vía de alzada antes de la instancia judicial.

Por el contrario, a los efectos de resguardar la independencia e imparcialidad del ente regulador y de otorgar el máximo de especialidad a los actos emitidos por el mismo, la Ley 24.076 protege mucho más eficientemente las resoluciones que tengan por objeto la aplicación de una sanción que aquellas cuyo objeto es la resolución de una controversia - “de índole jurisdiccional” como las denomina la misma Ley -.

En este sentido, más adelante dispone la norma bajo análisis que “el Ente Nacional Regulador del Gas dictará las normas de procedimiento con sujeción a las cuales se realizarán las audiencias públicas y se aplicarán las sanciones previstas en este capítulo, debiéndose asegurar en todos los casos el cumplimiento de los principios del debido proceso. Las sanciones aplicadas por el ente podrán impugnarse ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal mediante un recurso directo a interponerse dentro de los treinta (30) días hábiles judiciales posteriores a su notificación”²⁹².

El Decreto 1738/92, reglamentario de la Ley 24.076, ratifica en primer término el carácter de “ente rector” del sistema de transporte y distribución de gas natural que ésta última norma le atribuye al E.Na.R.Gas, conforme lo hicimos notar más arriba. En este sentido establece los lineamientos generales con lo cuales debe actuar el órgano regulador referido.

²⁹¹ *Ibid.* Artículo 70°.

²⁹² *Ibid.* Artículo 73°.

Así es como, el Decreto ahora bajo estudio indica que, en el cumplimiento de los objetivos previstos en la Ley 24.076, el Ente Regulador deberá tener en cuenta especialmente la fijación de precios “justos y compatibles con el mantenimiento a largo plazo de un servicio público con tales características, tomando debida cuenta de la eficiencia y de la economía en la provisión del servicio”; promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda de Gas; alentar el libre juego del mercado y “las inversiones que aseguren adecuadamente la provisión de Gas a largo plazo, y la construcción y el mantenimiento de la infraestructura necesaria a dichos fines”; aplicar “políticas que permitan, mediante las tarifas respectivas, el recupero de todos los costos razonables, incluyendo el costo de capital, a quienes operen eficientemente los servicios de Transporte y Distribución” y; aplicar una política de libre acceso, emitiendo normas de alcance general que resulten compatibles con tal principio, incluyendo disposiciones que fijen las bases para el reparto equitativo de la capacidad disponible entre las partes interesadas, que alienten la inversión para incrementar la capacidad del sistema y que incentiven la utilización más eficiente de la capacidad disponible, inclusive mediante la redistribución de la capacidad cuando la misma no se encuentre utilizada en una manera acorde con los objetivos de la Ley²⁹³.

El Decreto bajo análisis, a lo largo de su articulado deja entrever la intención de constituir una verdadera “autoridad regulatoria”, que supere, en el ejercicio de sus competencias, la mera función de control y las funciones de reglamentación, sanción y resolución de controversias, las cuales son establecidas por la Ley 24.076, expresamente en favor del E.Na.R.Gas.

En tal sentido, dispone el Decreto 1738/92 que dicho ente regulador establecerá los requisitos que el Poder Ejecutivo exigirá para otorgar nuevas habilitaciones para la prestación de los servicios de transporte y distribución de gas natural²⁹⁴, autorizándolo a modificar

²⁹³ Véase el artículo 2° del Decreto 1738/92.

²⁹⁴ *Ibid.* Artículo 4°, inciso 1.

los términos del Reglamento de Suministro y de las licencias otorgadas al momento de convocar a una nueva licitación²⁹⁵.

Por otra parte, pero en idéntico orden, el Decreto 1738/92 le atribuye al E.Na.R.Gas una participación trascendental al momento de evaluarse y otorgarse prórrogas a los términos de las licencias vigentes u otorgarse nuevas licencias²⁹⁶ y al facultarlo para dictar normas de alcance general que regulen el acceso abierto, convirtiendo las mismas en requisitos para las habilitaciones correspondientes y ajustar los Reglamentos del Servicio de los Prestadores con dichos fines²⁹⁷. Entre otras muchas facultades que el ente regulador puede ejercer con un notable ámbito de discrecionalidad²⁹⁸.

Asimismo, la norma reglamentaria bajo análisis dispone que los recursos de Alzada que se interpongan contra las resoluciones del E.Na.R.Gas serán resueltos, en forma definitiva, por la Secretaría de Energía, quedando agotada con su pronunciamiento la vía administrativa²⁹⁹, pero acierta al agregar que la interposición del mencionado recurso no es necesaria para agotar la vía administrativa³⁰⁰ y que el “recurso de alzada no será procedente cuando la controversia se haya planteado entre un Prestador y otro sujeto de la Ley o de la industria u otro particular”, en cuyo caso procederá el recurso directo ante la justicia³⁰¹.

Estas atribuciones, amplias y acaparadoras, que el Decreto reglamentario de la Ley 24.076 establece a favor del E.Na.R.Gas, manifiestan la voluntad del Poder Ejecutivo de construir una verdadera

²⁹⁵ *Ibid.* Artículo 4º, inciso 5, 2º párrafo. Ver también el artículo 46º, párrafo 3.

²⁹⁶ *Ibid.* Artículo 6º, 7º y 8º.

²⁹⁷ *Ibid.* Artículo 26º, inciso 5.

²⁹⁸ Como es el caso del control sobre los planes de inversión de los licenciatarios y la revisión y aprobación de los regímenes y valores tarifarios.

²⁹⁹ Apartado incorporado por art. 32 del Decreto N° 180/2004 B.O. 16/2/2004.

³⁰⁰ *Vid.* Decreto 1738/92, Artículos 65 a 70, inciso 11.

³⁰¹ *Ibid.*, Artículos 65 a 70, inciso 12.

autoridad regulatoria que actúe como el eje central del complejo sistema, pero no autorizan a concluir que - además - procuren “asegurar” la independencia e imparcialidad del organismo.

Por el contrario, al momento de reglamentar los aspectos institucionales, la constitución del directorio, las reglamentaciones internas y la gestión financiera, patrimonial y contable, la tendencia de la normativa reglamentaria bajo análisis es radicalmente distinta, pues reserva, esta vez en cabeza del Poder Ejecutivo, la designación de sus miembros³⁰² y establece expresamente que dentro de los 60 días hábiles, contados a partir del dictado del acto de designación de los integrantes de su directorio, el E.Na.R.Gas “deberá elevar al Ministerio a los efectos de su aprobación una norma de índole general que reglamente su gestión financiera, patrimonial y contable”³⁰³, aún cuando antes - la misma norma - se preocupa por asegurar que “la autarquía del ente será plena”³⁰⁴.

4. EL PROBLEMA QUE SUSCITAN LAS CALIFICACIONES NORMATIVAS

En el caso de los entes reguladores que analizamos, y conforme se advierte de la lectura de la normativa citada, se trata de organismos que desarrollan sus tareas resolviendo conflictos que pueden suscitarse entre una innumerable cantidad de personas físicas y jurídicas, vinculadas de manera directa o indirecta con los servicios bajo control y regulación. Así es como, tales controversias pueden suceder, indistintamente, entre los usuarios y los prestadores de los servicios, pero también pueden suscitarse entre dos prestadores, entre usuarios con intereses contrapuestos, entre prestadores o usuarios y terceros interesados, entre usuarios actuales y potenciales y entre cualquiera de los mencionados y organismos o instituciones públi-

³⁰² *Ibid.*, Artículo 52° y ss.

³⁰³ *Ibid.*, Artículo 60°.

³⁰⁴ *Ibid.*, Artículo 51°.

cas, sean estas estatales y no estatales. Incluso, los entes reguladores suelen resolver conflictos entre organismos municipales y provinciales o entre estos últimos y organismos nacionales.

Es lógico entonces, que los actos emitidos por el E.N.R.E. y el E.Na.R.Gas - absolutamente en todos los casos -, sean manifestaciones de voluntad derivadas directa o indirectamente del ejercicio de una función arbitral, es decir de resolución de controversias, especialmente si tenemos en cuenta que ambas leyes de creación de dichos entes reguladores³⁰⁵ les encomiendan el control y regulación de sus objetivos (los de las leyes), los cuales, en todos los casos, implican o exigen tareas que se desarrollan en el marco de intereses contrapuestos³⁰⁶.

³⁰⁵ Es decir, las normas que venimos analizando (Ley 24.065 (E.N.R.E.) y Ley 24.076 (E.Na.R.Gas)).

³⁰⁶ La Ley 24.065 establece en su artículo 2° los siguientes objetivos para la “política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad”: a) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios; b) Promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo; c) Promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad; d) Regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables; e) Incentivar el abastecimiento, transporte, distribución y uso eficiente de la electricidad fijando metodologías tarifarias apropiadas; f) Alentar la realización de inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible. El Ente Nacional Regulador de la Electricidad que se crea en el Artículo 54 de la presente ley, sujetará su accionar a los principios y disposiciones de la presente norma, y deberá controlar que la actividad del sector eléctrico se ajuste a los mismos. A su vez, la Ley 24.076 establece en artículo 2° los siguientes objetivos para la “regulación del transporte y distribución del gas natural”, estableciendo, en este caso, expresamente, que los mismos serán ejecutados y controlados por el Ente Nacional Regulador del Gas: a) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores; b) Promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda de gas natural, y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo; c) Propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural; d) Regular las actividades del transporte y

Nos preguntamos entonces, si los entes reguladores cuya actividad analizamos aquí, emiten algún tipo de manifestaciones de voluntad cuyo contenido, u objeto si se quiere, no implique o involucre, la composición o resolución de controversias entre los distintos sujetos de la ley que regula el sistema o entre dichos sujetos y terceros interesados. Y la respuesta es indefectiblemente negativa.

En todos los casos sometidos al tratamiento y resolución del organismo de regulación - ya sean iniciados de oficio o a petición de algunos de los sujetos de la ley o de terceros interesados - habrán siempre dos o más intereses contrapuestos, de manera que la decisión a adoptar por el sujeto regulador afecta positiva o negativamente a alguno de ellos. Con mayor o menor notoriedad, como objeto principal o secundario del acto a emitir, toda manifestación de los entes reguladores conlleva la resolución de conflictos y la composición de intereses contrapuestos.

Ello sucede cuando se decide a favor o en contra de un usuario o consumidor, cuando se permite o se deniega el derecho de acceder al mercado a cualquier persona jurídica, cuando se ordenan inversiones hacia determinado sector o zona, postergando otras, cuando se dictan actos de promoción del libre acceso, cuando se sancionan, con multas o apercibimientos, los actos considerados discriminatorios, cuando se reglamentan las condiciones de accesibilidad y los requisitos de las nuevas habilitaciones.

Lo mismo puede decirse cuando se modifican los reglamentos de suministros, cuando se ordenan bajas en los valores tarifarios o se autorizan aumentos en los mismos, cuando se dictan actos en procura de asegurar las condiciones de las instalaciones, cuando se orde-

distribución de gas natural, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la presente ley; e) Incentivar la eficiencia en el transporte, almacenamiento, distribución y uso del gas natural; f) Incentivar el uso racional del gas natural, velando por la adecuada protección del medio ambiente; g) Propender a que el precio de suministro de gas natural a la industria sea equivalente a los que rigen internacionalmente en países con similar dotación de recursos y condiciones.

nan reparaciones concretas a favor de usuarios damnificados por la mala operación del sistema, mediante la aplicación de las normativas legales, reglamentarias o contractuales referidas a las prestaciones.

Finalmente, también se configura la “resolución” de conflictos actuales o potenciales y la “composición” de intereses contrapuestos cuando se sancionan las fallas de calidad, cuando se realizan audiencias públicas a los efectos de analizar nuevas obras o el inicio de la operación de determinado sistema, cuando se declara la “configuración” de un acto u omisión que implica competencia desleal o abuso de posición dominante y cuando se declara la procedencia de una servidumbre, entre otros actos frecuentes que emiten los entes reguladores.

Los conflictos que de hecho se suscitan entre los actores del sistema, en todos los casos se resuelven mediante el dictado de actos administrativos cuya naturaleza predominante, adoptando términos utilizados en doctrina y jurisprudencia, puede ser la jurisdiccional – como sería un acto administrativo cuyo objeto es exclusivamente otorgar la razón a una de las partes.

Sin embargo, también un conflicto puede ser resuelto mediante el dictado de un acto de naturaleza predominantemente reglamentaria, como sucede cuando el conflicto se produce por no existir norma alguna que regula la situación controvertida o por ser oscura o confusa la normativa existente y por lo tanto se hace necesario el dictado de un acto administrativo cuyo objeto principal es el establecimiento de esa regla faltante o la interpretación de la norma confusa.

Asimismo, también puede tener el acto emitido por el ente regulador al resolver una controversia generada entre dos prestatarios, entre dos usuarios o de éstos entre sí, naturaleza predominantemente sancionadora.

Al respecto, y modo de ejemplo, es también un tipo de controversia sumamente común, el caso del prestador que, aún existiendo normativa legal, reglamentaria o contractual que define su conducta, se niega a acatar dicha normativa y genera conflictos con usuarios,

otros prestadores, entidades públicas y terceros interesados. En estos casos, para resolver la controversia, el ente regulador ordena al prestador que se adecue a la normativa existente de manera inmediata y al mismo tiempo aplica una sanción por incumplimiento de la normativa vigente al prestador.

Finalmente, y en igual sentido, en muchos casos las controversias entre los actores del servicio regulado impulsan actividades de contralor y llevan a la realización de audiencias de conciliación o planes que incluyen obras e inversiones varias financiadas por el Estado, por el prestador e incluso por los mismos usuarios.

Ahora bien, si se atiende a la postura expresada hasta aquí - en el sentido de que no es posible distinguir entre los actos del ente regulador aquellos de naturaleza jurisdiccional, sancionatoria y reglamentaria -, aparecen sumamente confusas e inconvenientes las menciones que los artículos 72° y 76° del Decreto 1398/92 - reglamentario de la Ley 24.065 - y el artículo 66° de la Ley 24.076, realizan sobre supuestos actos del E.N.R.E. “de índole jurisdiccional”³⁰⁷ o decisiones del E.Na.R.Gas “de naturaleza jurisdiccional”³⁰⁸.

Tales menciones implican la necesidad de determinar - al menos con criterios generales - cuáles actos, de qué objeto, con cuáles características, serán considerados “de índole” o “de naturaleza” jurisdiccional, lo cual será prácticamente imposible en la medida que todos los actos de los entes reguladores procuran dirimir controversias en el marco de un conflicto de intereses³⁰⁹.

¿Cuáles son las características de los actos que el Decreto 1398/92 califica como de “índole jurisdiccional” y cuáles son las ca-

³⁰⁷ Ver al respecto el Decreto 1398/92, artículo 72°.

³⁰⁸ Cfr. Ley 24.076, artículo 66°, segundo párrafo.

³⁰⁹ Por el contrario, es importante destacar que no consideramos desacertada la distinción legal de aquellos casos en que el ente regulador desarrolla funciones jurisdiccionales para resolver controversias derivadas del suministro de energía eléctrica o de gas natural, en la medida en que las relaciones entre los sujetos bajo conflicto afectan el funcionamiento del servicio y otorga a los actores emitidos en virtud de la controversia planteada un tratamiento especial.

racterísticas de los actos que la Ley 24.076 califica como de “naturaleza jurisdiccional”?; ¿a que tipo de controversias se refiere el artículo 72 de la Ley 24.065, puesto que, tal como se expresara más arriba, el dictado de una regla, la interpretación de una norma, la aplicación de una sanción y la realización de una auditoría por parte del ente regulador - en la mayoría de los casos - también significa “resolver controversias y conflictos entre distintos actores del servicio regulado”?.

En idéntico sentido, corresponde una advertencia especial respecto de la reglamentación del recurso de alzada contra los actos de los entes reguladores, en la medida que se encomienda a la Secretaría de Energía realizar la calificación previa sobre la naturaleza del acto, especialmente si es “jurisdiccional” o no, a los efectos de conocer si puede extender su control sobre la necesidad, oportunidad y conveniencia del acto recurrido o limitarlo al examen de legalidad³¹⁰.

Pues bien, nos preguntamos bajo que criterios va a “calificar” jurídicamente la Secretaría de Energía, en el marco de la norma referida en último término, el recurso de alzada interpuesto contra aquel acto emitido por el E.N.R.E que resuelve una controversia entre un usuario y un distribuidor de energía eléctrica aplicando una sanción al prestador del servicio por haber incumplido una norma legal. ¿Debe calificarlo como de naturaleza sancionatoria o jurisdiccional?

Es de advertir también, con énfasis, respecto de la enorme complejidad y lo dificultoso que resulta calificar los recursos que se interpongan contra actos emitidos por el E.N.R.E., cuando dichas manifestaciones derivaren de denuncias de particulares y dispusieren

³¹⁰ Así lo establece expresamente el Decreto 1398/92, reglamentario de la Ley 24.065 en su artículo 76°, segundo párrafo: “A los efectos de determinar los alcances del contralor de la SECRETARIA DE ENERGIA ELECTRICA, con respecto a cada uno de los actos del citado Ente que fueren recurridos, aquélla deberá, previamente, caracterizar el acto, según sea o no de naturaleza jurisdiccional”. Sin perjuicio de no estar expresamente prevista esta determinación por parte de la Secretaría referida (respecto de los actos del E.Na.R.Gas que sean objeto del recurso de alzada), necesariamente deberá realizarse a los efectos de determinar los alcances del control.

la paralización de una obra de transporte de energía eléctrica en alta tensión por considerar la misma riesgosa en términos ambientales, si tenemos en cuenta que el recurso contra el acto es interpuesto por un grupo de usuarios que se beneficiarían con la obra y solicitan el levantamiento de la suspensión dispuesta.

Es éste un acto de “índole jurisdiccional” si tenemos en cuenta que existen intereses contrapuestos, sin embargo, se puede cuestionar de dicha calificación el hecho de que el interés de los usuarios que recurren el acto no fue manifestado expresamente ni fue tenido en cuenta por el E.N.R.E. al momento de emitirse el acto recurrido.

¿Cómo debería calificarse - de naturaleza jurisdiccional o reglamentaria - un acto del ente regulador que aprueba el Reglamento General de Conexiones Domiciliarias a aplicarse a la totalidad de usuarios de un distribuidor de energía eléctrica, si tenemos en cuenta que dicho acto, de supuesta “naturaleza reglamentaria”, se dicta como consecuencia del procedimiento iniciado para resolver un conflicto entre un usuario y el prestador del servicio y cuya resolución exigió el dictado de tal reglamento general?.

5. EL CONCEPTO DE “ACTO JURISDICCIONAL” Y LA ACTIVIDAD REGULATORIA

Si bien las nociones de “acto jurisdiccional” y de “jurisdicción administrativa” aparecen en el derecho positivo nacional desde un tiempo atrás³¹¹, debe aceptarse que su utilización no es frecuente, especialmente en las normas de naturaleza legales, emitidas por el Congreso de la Nación. Pues bien, las dudas que se intentan transmitir en el presente Capítulo, desde cierto punto de vista, deberían conducir a la pregunta sobre si es técnicamente posible y jurídicamente conveniente aplicar lisa y llanamente conceptos netamente doctrinarios a la técnica legislativa, y calificar, de este modo, los actos

³¹¹ Es el caso, por ejemplo, del artículo 99º del Decreto 1759/72, reglamentario de la Ley 19.549.

emitidos por un organismo administrativo sin tener en cuenta la naturaleza del mismo y las funciones que cumple.

Para un sector importante de la doctrina, el término jurisdicción puede utilizarse tanto para hacer referencia a la actividad que desarrollan los tribunales judiciales como a la que desarrollan los mal llamados “tribunales administrativos”, es decir, los organismos administrativos a los que se les ha encomendado la resolución de controversias. A partir de tal concepción del término “jurisdicción”, considera el sector doctrinario referido que los órganos administrativos también ejercen función jurisdiccional³¹².

Por el contrario, para otro sector de la doctrina, cuyos criterios son compartidos en el presente trabajo, es fundamental dejar reservado el ejercicio de la “función jurisdiccional” a los tribunales judiciales, pues dicha expresión del lenguaje jurídico se vincula exclusivamente a la “administración de justicia” que sólo los “tribunales” mencionados realizan.

Así es como expresa LINARES QUINTANA que “la función jurisdiccional es la que mejor define el carácter jurídico del Estado constitucional... en la función jurisdiccional el Estado obra con personalidad propia, porque la actividad que con ella realiza es una emanación directa de su soberanía. La función jurisdiccional se ejerce mediante los jueces, quienes, por medio de la sentencia, previo el conocimiento de los hechos, aplican el derecho al caso concreto sometido a su decisión”³¹³.

En una línea similar a la expuesta por el último autor citado, explica GUASTAVINO que el término “jurisdicción”, etimológicamente hablando, “significa decir en qué consiste el derecho en un caso concreto”, siendo la misma una función estatal que de acuerdo a la Constitución Nacional es ejercida específicamente por los jueces

³¹² Por todos, véase Héctor A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, página 4.

³¹³ Ver y ampliar con seguro provecho en Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Editorial Plus Ultra, 1987, página 740.

que integran el poder judicial. Para la función jurisdiccional típica es necesaria la existencia de una controversia o contienda jurídica, entendiendo por tal “la pretensión de una parte y la negativa de otra parte que debe resolver el Estado”³¹⁴.

Pero los debates y opiniones sobre el significado del término “jurisdicción” no se limitan ni se agotan en la intención de descubrir si sólo el Poder Judicial puede ejercerla o si también puede hacerlo el Poder Ejecutivo, sino que también existe un sector doctrinario que concibe la “jurisdicción” como la función estatal dirigida a hacer efectiva la sanción que la norma jurídica contiene, cuando lo que ésta dispone no ha sido voluntariamente cumplido³¹⁵.

Ahora bien, respecto del “acto jurisdiccional”, la diversidad de opiniones y posturas doctrinarias es aún mayor, o al menos es más notoria y manifiesta. Veamos las distintas posturas y opiniones que se advierten en la doctrina especializada:

i.- se desarrolla, por una parte, una definición etimológica que califica el acto jurisdiccional como aquel que surge del ejercicio de una facultad legal y declara o niega un derecho, cualquiera sea la naturaleza del órgano del cual emana el acto;

ii.- por el contrario, cuando el acento no se sitúa en el aspecto etimológico sino en los efectos del acto, es jurisdiccional aquel que apareja fuerza de verdad legal, con autoridad de cosa juzgada.

iii.- en otro orden, están aquellos que atribuyen carácter jurisdiccional al acto emanado de un tercero imparcial y que produce cosa juzgada;

iv.- finalmente, un sector de la doctrina define el acto jurisdiccional como aquel que “se dicta en ejercicio de una facultad legal, a raíz de una reclamación del administrado, y que significa una deci-

³¹⁴ Al respecto puede consultarse Elías P. GUASTAVINO, *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, tomo I, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II - Obras - Número 19, Buenos Aires, 1987, página 36.

³¹⁵ *Ibid.*, tomo I, página 40.

sión, expresa y fundada, que reconoce o desestima el derecho invocado. Para este sector doctrinario, poco importa conocer o indagar sobre el “órgano” del Estado del cual emana el “acto” y tampoco interesa el carácter o no de “tercero imparcial” que pueda tener, pues esta última característica sólo sería útil para distinguir lo jurisdiccional “judicial” y “administrativo”³¹⁶.

Para GUASTAVINO por acto jurisdiccional debe entenderse “el emanado de la Administración Pública, cuya diferencia específica radica en su similitud con el acto judicial en cuanto al contenido, procedimientos de elaboración y formas, mediante el cual se deciden conflictos de derechos – no de intereses –, lo que supone un derecho supuestamente violado cuya tutela y plenitud se pretenden, y que por su naturaleza intrínseca y exigencias constitucionales está sometido a revisión judicial genuina”³¹⁷.

Mas allá de la postura que cada autor puede adoptar o crear sobre el tema bajo tratamiento, la gran diversidad de opiniones doctrinarias, existentes al momento de definir lo “jurisdiccional” y el “acto jurisdiccional”, demuestra la imposibilidad – o inconveniencia si se quiere – de realizar calificaciones normativas sobre el tema, cuestión que se agrava cuando de tal calificación depende la procedencia o no de un recurso o el grado de control que debe y puede realizarse respecto de los actos emanados de un organismo administrativo³¹⁸.

Ahora bien, lo que se advierte innegablemente en los hechos, acontecimientos y relaciones que preceden a cada acto administrativo, y especialmente en su causa inicial y durante toda la etapa preparatoria, es la predominancia de una situación de conflicto o controversia en ciertos casos, en otros predomina la mera intención, por parte del regulador, de realizar un procedimiento de control y aplicar

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Ibid.*, tomo I, páginas 40/41.

³¹⁸ Tal como vimos que sucede con el E.N.R.E. y el E.Na.R.Gas.

una sanción y, en otros casos predomina la intención de reglamentar aspectos no reglados o de interpretar normas confusas.

Sin embargo, tal “predominancia” o “supremacía” de un elemento u otro no pasa de ser una situación preexistente al “acto administrativo” y que si bien impulsa su dictado y conforma o configura la manifestación de voluntad final, de ninguna manera podría variar la esencia misma del acto emitido, es decir, “acto administrativo”.

6. LAS CONCLUSIONES RESPECTO DE LA NORMATIVA Y DOCTRINA ANALIZADA

Lo expuesto hasta aquí nos permite extraer algunas conclusiones de importancia respecto de la naturaleza jurídica que las leyes atribuyen a los entes reguladores bajo estudio, así como también permite esclarecer el alcance de las competencias que dichos organismos han recibido, teniendo en cuenta especialmente, vale reiterarlo aquí, la voluntad del legislador.

En primer lugar, advertimos que es absolutamente posible crear un organismo descentralizado y constituirlo en “eje central” de un sistema determinado, construido para regir el desarrollo de servicios públicos esenciales, en lo atinente a su regulación y control, sin necesidad de asegurar a dicho organismo condiciones absolutas e incondicionales de independencia respecto del Poder Ejecutivo³¹⁹.

En este sentido, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones encomendadas a los entes reguladores y advirtiendo las variadas, e incluso contrapuestas, condiciones previas y concomitantes que el ejercicio de cada una de ellas requiere, también anotamos que resulta imposible, sin perder coherencia jurídica, pretender asegurar niveles de independencia genéricos y absolutos respecto del Poder Ejecutivo a favor de dichos organismos

³¹⁹ Sin perjuicio de su reconocimiento total o parcial desde la doctrina y la jurisprudencia, este es el caso del E.N.R.E. o del E.Na.R.Gas.

En efecto, tal como puede advertirse de una simple lectura de las normas citadas, los entes reguladores en algunos casos actúan resolviendo conflictos, sancionando fallas o auditando cuentas y aspectos técnicos de las prestaciones, e incluso dictando reglas específicas para ordenar temas estrictamente técnicos o adecuar normas relativas a la calidad del servicio y otros aspectos comerciales. Pues bien, en el ejercicio de tales competencias es procedente, posible y necesario asegurarles un mínimo de independencia.

Sin embargo, en otros casos ejercen funciones de asesoramiento al Poder Ejecutivo respecto de las prórrogas de los contratos vigentes y el otorgamiento de nuevas habilitaciones, la redacción de los pliegos de bases y condiciones para las licitaciones e incluso asumen una participación trascendental en la definición de los planes de inversiones. Y en estos últimos casos, no es necesario, ni es posible de manera absoluta, asegurarles independencia alguna respecto del Poder mencionado.

En igual sentido, no es discordante reservar en este Poder la designación absolutamente discrecional de los miembros del directorio de aquel organismo, más aún cuando entre las funciones que se le encomiendan se incluyen las de “proponer” o “fijar” las condiciones bajo las cuales se otorgarán las licencias y concesiones de servicios públicos a personas privadas, la posibilidad de prorrogar el plazo de las concesiones y licencias ya existentes y el imperativo general de actuar siempre teniendo en cuenta los intereses públicos en juego.

Como primer conclusión, se destaca entonces que los entes reguladores fueron dotados de amplísimas funciones - muchas de las cuales fueron intencionalmente mencionadas al analizar la normativa que rige el accionar de cada uno de ellos (incluyendo las de “asesorar” al Poder Ejecutivo y “trabajar” en conjunto aquellas potestades que corresponden a uno y a otro).

De manera tal que, mal podría pretenderse independizar genéricamente el ejercicio de las competencias de un ente regulador sin tener en cuenta, previamente, la naturaleza de las mismas y el marco jurídico - institucional dentro del cual se ejercen, pues - a modo de

ejemplo – sería incoherente pretender algún grado de independencia entre el asesor y el asesorado, en el ejercicio de tal función de asesoramiento.

En segundo lugar, se destaca también que, el haberle atribuido, a los entes reguladores bajo análisis, las funciones de resolver las controversias que pudieran suscitarse indistintamente entre prestadores, usuarios actuales y potenciales, personas públicas estatales y no estatales y terceros interesados, no autoriza de ninguna manera a exigir – como condición de validez de sus actos y legitimidad de la institución misma³²⁰ – condiciones extremas de independencia respecto del Poder Ejecutivo.

Mucho menos autoriza, el hecho de ejercer tales funciones, la exorbitante pretensión de negar la posibilidad de ejercer tal función arbitral si no se cumplen los requerimientos formulados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para aceptar la constitucionalidad de los “tribunales administrativos”. Pues, se insiste con énfasis, los “entes reguladores” no son “tribunales administrativos”.

Como segunda conclusión entonces, se insiste en que los entes reguladores no ejercen función jurisdiccional sino que, en el marco de actuación asignado y respecto del servicio esencial bajo control y regulación, limitado por la especialidad de sus competencias, resuelve las controversias que pudieren suscitarse con el único fin de ordenar las prestaciones y evitar incidencias que afecten el interés público.

Es sumamente importante, para lo que sigue de este estudio, tener en cuenta que la circunstancia de que un órgano administrativo emita actos cuyo objeto es resolver controversias entre particulares, entre personas privadas y públicas e incluso entre personas públicas, no puede llevar necesariamente a la conclusión de que tales actos son de naturaleza jurisdiccional. Ni tampoco puede derivarse

³²⁰ Así parece plantear la cuestión de la independencia de los entes reguladores gran parte de la doctrina.

de ello que ese organismo es un tribunal administrativo ni que ejerce funciones jurisdiccionales.

Finalmente, la tercera reflexión válida indica la necesidad de distinguir, cuando se analiza la jurisdicción y competencia de un ente regulador, entre competencias y potestades. Las competencias son el conjunto de atribuciones que otorgan a un organismo aptitud legal para obrar en determinado caso concreto y las potestades son las herramientas de que dispone el mismo órgano administrativo para llevar adelante aquellas competencias.

El fin de la creación del ente regulador, y las competencias asignadas, muestran cuales son los caminos por los que puede legítimamente transitar y el lugar al cual debe procurar arribar, mientras que las potestades son los medios de transporte que le está permitido utilizar al ente regulador para transitar esos caminos y llegar a aquel fin.

De alguna manera, cuando en el fallo Ángel Estrada la Corte les niega a los entes reguladores naturaleza de tribunales administrativos y, como directa derivación de esa fundada y acertada negativa, les quita la potestad para resolver controversias entre particulares en los casos en que para ello deba aplicar normas del derecho común, no está el más Alto Tribunal mitigando las “competencias” del ente regulador sino el alcance de sus potestades.

En efecto, aún con aquella “negativa” de la Corte Federal a reconocer carácter de “tribunales administrativos” a los entes reguladores, la competencia para resolver las controversias que se suscitan en el marco del servicio regulado sigue siendo una actividad propia de dichos organismos, aunque acotada en su ejercicio, luego de “Ángel Estrada” a aquellos casos en que intervengan sujetos de la Ley, que la controversia se refiera al servicio bajo regulación y que para resolverlo sea suficiente la aplicación del derecho estatutario o no sea necesario la aplicación de normas ajenas al marco regulatorio³²¹.

³²¹ Conforme veremos más adelante al analizar la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los entes reguladores

Ahora bien, si la naturaleza de la potestad ejercida por el ente regulador – reglamentaria, sancionatoria, jurisdiccional o de control – no es parámetro válido para descubrir que tipo de función está desempeñando dicho organismo en cada oportunidad, ¿cómo debemos resolver el problema que significa tener que calificar al acto en cada caso concreto?

Para responder adecuadamente esta pregunta previamente debemos desentrañar el concepto de regulación, lo cual, adelantando una conclusión, nos permitirá comprender fundadamente, que los entes reguladores, cada vez que emiten un acto actúan en ejercicio de la función administrativa, y que dichos actos son actos administrativos, sea que el hecho generador de la actividad del ente regulador haya sido una controversia, una falla o un vacío normativo y sea que, en la etapa preparatoria de su voluntad, haya predominado la resolución de un conflicto de intereses, la sanción de una infracción cometida por un prestador o simplemente la necesidad de reglamentar ciertos aspectos del servicio.

Igualmente necesario será desentrañar la evolución del concepto de “servicio público” e intentar una sistematización de las distintas posturas, pero luego arribar a un concepto instrumental para las políticas de Estado que se intenten en la materia y esencialmente útil u operativo a la satisfacción del interés público. Hacia allí vamos.

bajo estudio, cuando dicho Tribunal debió resolver la impugnación a una resolución del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, esbozó una doctrina judicial sobre los alcances de las potestades reglamentarias de los entes reguladores en la Argentina. En el caso, la Corte no desconoce la “potestad” misma, pero niega su legítimo ejercicio en el caso concreto, argumentando para así resolver que no se había encomendado expresamente al ente regulador la reglamentación de determinada materia.

SEGUNDA PARTE

TEORÍA DE LA REGULACIÓN

CAPÍTULO IV
EL SERVICIO PÚBLICO: NOCIÓN ACTUAL
(EL SERVICIO PÚBLICO
COMO RÉGIMEN REGULATORIO)

1. APROXIMACIÓN AL NUEVO CONCEPTO DEL SERVICIO PÚBLICO

El objetivo de este Capítulo no es profundizar sobre los orígenes y fundamentos, sean estos políticos o sean filosóficos, de las distintas concepciones que la doctrina jurídica ha esgrimido respecto del término “servicio público” a través del tiempo, así como tampoco se propone aquí analizar su extraordinario e incomparable desarrollo histórico – respecto de otros institutos del derecho administrativo -³²². Simplemente se pretende describir una concepción propia de lo que debe entenderse por “servicio público”, la cual además, sirve de sustento a la tesis final del trabajo.

³²² La evolución del concepto ha sido y es indudablemente polémica y turbulenta. Al respecto, en la doctrina especializada se ha expresado que “desde la aparición del Estado moderno hasta nuestros días existen diversas interpretaciones sobre lo que debe entenderse como servicio público a más de los que propugnan la supresión del concepto por innecesario” (cfr. Jorge SARMIENTO GARCIA, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 631). Una importante síntesis, sumamente ilustrativa, puede leerse en Juan Carlos CASSAGNE, *La intervención administrativa...*, *passim* y también en Ismael MATA, “Noción actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)”, *Jornadas Jurídicas sobre el Servicio Público de Electricidad*, Buenos Aires, 8 y 9 de junio de 1995, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, página 19 y ss.

En efecto, y sin perjuicio de ello, luego de haber analizado los antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y normativos de los tribunales administrativos y específicamente de los entes reguladores de servicios públicos, y antes de intentar esbozar una teoría de la regulación pública, aplicada sobre actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población, se considera importante manifestar expresamente la adhesión a la doctrina que sostiene la existencia de una base constitucional y legal en favor de la categoría del servicio público, al menos en nuestro ordenamiento jurídico.

Posición jurídica esta última que, por otra parte, fuera doctrinariamente expuesta - y fundada concretamente en las correspondientes cláusulas constitucionales -, con mucha anticipación a la expresa mención que se incluyera a partir de la reforma constitucional realizada en Argentina en el año 1994³²³.

No obstante ello, en el estado actual, y especialmente luego de la reforma constitucional referida, ya resulta indiscutible que el servicio público como categoría jurídica se encuentra contemplada en la Constitución Nacional, norma fundacional en la cual puede leerse en su artículo 42° que “Las autoridades proveerán a... la calidad y eficiencia de los servicios públicos... y al dictado de los respectivos marcos regulatorios”.

Esta circunstancia, que afortunadamente jerarquiza el concepto mismo del “servicio público”, crea, al mismo tiempo - y es importante ser concientes de ello -, una multiplicidad de derechos y deberes a cargo del Estado - analizados en detalle más adelante -, cuya vigencia podría convertirlo - desde un punto de vista amplio de la responsabilidad pública y generoso respecto del deber reparatorio del Esta-

³²³ Nos estamos refiriendo al Profesor CASSAGNE, quién, desde un primer momento brega en sus escritos por una mayor atención y protección hacia las actividades calificadas como “servicios públicos”. Sobre el tema pueden consultarse distintas obras del autor pero para una lectura compiladora sugerimos *La Intervención Administrativa...*, *passim* y, más recientemente, Juan Carlos CASSAGNE - Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

do³²⁴ - en responsable de todos los perjuicios que se produzcan en las cosas y las personas, por la mala prestación o falta de prestación de tales servicios.

De manera que, resulta imperioso determinar con claridad cuáles son las actividades consideradas “servicios públicos” y alentar la concreción, a nivel normativo y jurisprudencial, de una correcta distribución de competencias y responsabilidades entre los organismos públicos estatales, no estatales y las personas privadas, eventualmente a cargo de los servicios bajo tratamiento³²⁵.

Todo ello no impide, por supuesto, conocer y estudiar los profundos cambios operados a través del tiempo sobre la noción, puesto que, a partir de la concepción del servicio público como “un fin de la Administración Pública en todo su accionar”, fueron surgiendo líneas jurídicas demarcatorias que orientaron su desarrollo hasta arribar a una categoría mucho menos difusa, que identifica el “servicio

³²⁴ Para el estudio de las distintas posturas sugerimos la lectura de CASAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo I, especialmente capítulos VIII, IX y X. También puede consultarse con seguro provecho Alberto BIANCHI, *Responsabilidad del estado por su actividad legislativa*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, especialmente la evolución histórica de la materia en los primeros capítulos, Miguel S. MARIENHOFF, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho Público*, Abeledo - Perrot, 1996, *passim* y Eduardo MERTEKEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2001, capítulos I y II.

³²⁵ Es importante anotar, y tener presente a lo largo de todo este trabajo, que la mención constitucional del “servicio público” y de los deberes del Estado respecto de los mismos, no realiza distinción alguna entre los servicios públicos de naturaleza económica (transporte y distribución de gas natural y de energía eléctrica, captación, potabilización, transporte y distribución de agua potable, recolección, transporte y depuración de desagües cloacales, transporte público de pasajeros, telecomunicaciones domiciliarias, recolección de residuos domiciliarios) de aquellos servicios públicos que no participan de tal naturaleza (los servicios de salud y educación pública y a cargo del Estado). Asimismo, tampoco la Constitución distingue los casos en que la administración, operación y mantenimiento de la actividad calificada como servicio público se encuentra a cargo del Estado de aquellos en los cuales son prestadas por personas privadas, sea cual fuera el título jurídico por el cual éstas personas privadas se encuentran autorizadas a prestar tales servicios.

público” con las actividades esenciales para la satisfacción de las necesidades de la comunidad y que le atribuye dos características distintivas, a saber: contenido económico de la prestación y obligatoriedad³²⁶.

No obstante ello, aún subsiste una imperiosa necesidad de uniformar el lenguaje jurídico y de consensuar la identificación, el reconocimiento y plena aplicabilidad y respeto por aquellos principios básicos en la materia, tanto en el ámbito doctrinario como legislativo y jurisprudencial. Para mayor entendimiento, con la intención de reafirmar los motivos de la necesidad planteada aquí, se intenta en adelante realizar un breve repaso recopilatorio sobre el desarrollo histórico de la noción y la caracterización del servicio público.

A esos efectos, corresponde inevitablemente una remisión inicial al lucido trabajo de Mata³²⁷, donde el autor sintetiza y sistematiza las distintas opiniones doctrinarias sobre la caracterización del servicio público, agrupándolas del siguientes modo: “1) *Un sector que lo identifica con la plenitud de las notas características que le asignaba la “escuela de Burdeos”*³²⁸ y, en algunos casos, añadiendo otras de sus continuadores...”. “2) *Otro grupo utiliza la noción de servicio público para caracterizar a un sector de las actividades estatales, regido por ciertos principios comunes que lo singularizan frente a otros cometidos estatales, al margen de*

³²⁶ Ver y ampliar en CASSAGNE, *La regulación económica. Estudio Preliminar...*, páginas 24/25.

³²⁷ Cfr. MATA, “Noción actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)...”, página 19 y ss.

³²⁸ La Escuela de Burdeos desarrolla una teoría sumamente abarcadora, estatista y autoritaria, en la cual toda la actividad estatal se calificaba como servicio público, aún cuando los motivos de tal extensión del concepto obedecían también a una necesidad práctica, pues posibilitaba deslindar la competencia de la justicia ordinaria y la de la justicia administrativa (ampliar, con seguro provecho, en MATA, “Noción actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)...”, *passim*. Respecto de la noción del servicio público es provechoso también consultar y ampliar en SARMIENTO GARCIA, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual...*, páginas 1 y 13 y ss. y en CASSAGNE, *La regulación económica. Estudio preliminar...*, páginas 20 y ss.).

toda cuestión de competencia jurisdiccional..."³²⁹. "3) *Un tercer grupo de autores niega que la noción de servicio público presente utilidad en el derecho administrativo, ya que introduce más confusión que claridad...*"³³⁰.

Básicamente, la doctrina clásica francesa³³¹ concibe al servicio público como comprensivo de la totalidad de las funciones estatales. En tal sentido, el Derecho Administrativo sería un "...conjunto de reglas relativas a los servicios públicos..."³³² y la función administrativa tendría como único objetivo el de organizar y dar operatividad a los servicios públicos.

No obstante esta marcada tendencia, y dentro de esta misma escuela, BONNARD revela alguna intención de limitar el concepto al expresar que "...se ha reconocido 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 – continúa el autor –, algunas actividades administrativas no tienen ese objeto"³³³.

³²⁹ Expresa MATA que cada sector doctrinario posee notas o características distintivas notorias y relevantes, advirtiendo que "los principales elementos de identificación de los autores que pertenecen a este sector doctrinario, son los siguientes: i.- elemento teleológico: satisfacción de actividad colectiva o de interés público; ii.- elemento subjetivo u orgánico: prestación a cargo de una entidad estatal o de un particular, en este caso bajo control y dirección del Estado; iii.- primer elemento material: actividad técnica, práctica o concreta; iv.- segundo elemento material: prestación suministrada directa e inmediatamente a los particulares; v.- elemento formal: sometimiento a un régimen jurídico especial..." (cfr. "Noción actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)...", página 21/22).

³³⁰ Vid. MATA, "Noción actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)...", p. 22.

³³¹ En ella incluimos pensadores y autores de la jerarquía de Jéze, Duguit, Hauriou, Bonnard.

³³² Cfr. Rubén Miguel CITARA, *El servicio público*, Parte I, Prefacio. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires, 1995, página 29.

³³³ Cfr. *Precis de Droit Administratif*, Paris, 1943.

Con posteriormente al desarrollo de esta amplia concepción, tanto en la doctrina alemana, española e italiana, como también en la doctrina administrativista de nuestro país, el concepto del servicio público experimenta un proceso de búsqueda y construcción de sus propias fronteras y límites, respecto de otros institutos del Derecho. Así como también de separación e independencia respecto del Estado mismo.

En este sentido, aparecen construcciones doctrinarias que delimitan o encauzan cada vez con mayor firmeza la noción de “servicio público”, tendiendo paulatinamente a restringirlo a determinadas actividades esenciales. En esta instancia doctrinaria, el objeto de debate ya no transcurre entre los que defienden o sustentan un concepto amplio del servicio público, abarcador de la totalidad de la actividad administrativa, y quienes sustentan una noción restringida del servicio público³³⁴, con alcance sobre ciertas actividades, a cargo de la administración del Estado o de personas privadas.

Por el contrario, la principal disputa doctrinaria acontece ahora, básicamente, respecto de la delimitación o especificación de las actividades que corresponde incluir bajo la calificación de “servicio público”, concepto que aparece inicialmente condicionado, especialmente teniendo en cuenta que tal “inclusión” implica restringir el ámbito de libertad individual dentro del cual se desempeñan aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, estatales o no estatales. Ese ámbito de libertad, en el caso, no es otro que el ejercicio del comercio y toda industria lícita³³⁵.

³³⁴ Tanto CITARA (en *El servicio público*, Parte I..., *passim.*) como Jorge MAIORANO (en “Algunas reflexiones acerca de la noción de servicios públicos”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 14, 1976, página 15/31), presentan en las obras mencionadas datos y opiniones sumamente valiosos, especialmente para provecho de aquellos a quienes les interesa remitirse a detalles sobre los orígenes y evolución histórica del concepto.

³³⁵ A partir de esta circunstancia, tanto en el ámbito legislativo – en los debates previos al dictado de normas específicas –, como doctrinario y jurisprudencial, las tendencias van a orientarse particularmente a estudiar y debatir las características de cada actividad destinada a satisfacer necesidades de la población y, luego de

Fundamentalmente interesa destacar y analizar las opiniones y sustentos jurídicos de los doctrinarios identificados con el grupo mencionado en el párrafo anterior, es decir, aquellos que defienden una postura que, si bien mantiene vigente la noción del “servicio público”, evita exitosamente caer en la tentación de magnificar su significado y extender sus alcances ilimitadamente. Consideramos esta postura como la más útil y superadora, a la vez que coherente y conciliadora.

No obstante ello, se impone una referencia final, antes del análisis referido en el párrafo anterior, hacia la postura doctrinaria que se identifican con el grupo mencionado en el punto 3 de la cita de Mata, y que pretende desconocer la importancia y el valor que tiene el concepto mismo del servicio público.

Al respecto, se advierte que, lo que básicamente se argumenta para negarle utilidad a la noción de servicio público es la ausencia de titularidad estatal sobre los mismos, pues como esta titularidad no nace de la Constitución, necesariamente depende de una decisión legislativa. Asimismo se define al servicio público como “toda actividad... cuyo prestador esté obligado a suministrar el servicio a quién lo solicite... lo que implica que debe hacerlo de un modo no discriminatorio”³³⁶.

Por el contrario, corresponde destacar la importancia de reafirmar la noción del servicio público como una herramienta útil e irremplazable ante determinadas condiciones. Especialmente teniendo en cuenta la necesidad de contar con un instrumento que permita al Estado, más allá de su titularidad o no sobre determinadas acti-

esclarecido éste aspecto, dejar lugar a las decisiones u opiniones sobre la legalidad y conveniencia de su tipificación como servicio público. Particularmente va a incidir en las opiniones doctrinarias el carácter monopólico o no que la actividad presente y el tipo de necesidades que cubre en la población (por ejemplo, la educación privada, la generación, transporte y distribución de energía eléctrica y de gas natural, las telecomunicaciones, etc.).

³³⁶ Vid. Héctor A. MAIRAL, “La ideología del servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 14, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, *passim*.

vidades económicas, orientar las prestaciones de aquellas que incidan directamente sobre las necesidades básicas de la población.

Sobre éste último concepto, es decir, el servicio público como “instrumento” de consecución del bien común, se intentará centrar una opinión final, ni sin antes analizar las distintas ponencias de la doctrina especializada que procuran configurar y dar operatividad a la noción de servicio público.

La defensa de la subsistencia de la noción bajo análisis, si bien en su concepción más restringida, aparece como imprescindible en el marco de un Estado cada vez más “ocupado” por cuestiones políticas y económicas y menos “preocupado” por la satisfacción o cubrimiento de las necesidades esenciales de los ciudadanos. Por ello, consideramos que éstas últimas deben tener un “espacio” en la agenda pública y en el desarrollo científico y doctrinario, todo lo cual coadyuva a la conformación de principios y reglas comunes a nivel legislativo, de criterios uniformes para el juzgamiento y resolución de controversias a nivel judicial y de políticas de Estado que superen los períodos electorales de gobierno y se impongan sobre cuestiones ideológicas y partidarias.

2. DELIMITACIÓN ACTUAL DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO: LA CUARTA POSTURA

Luego de este breve repaso, a través del cual se intentó una “sistematización” de las distintas agrupaciones doctrinarias conformadas en torno a la noción del servicio público, se dejará de lado el estudio de la doctrina clásica y de las otras posturas expuestas que intentan negar utilidad a la noción, para centrar la atención específicamente en el estudio y caracterización de las actividades, estatales y no estatales, que los distintos autores califican como servicios públicos, procurando también desentrañar los motivos y aspectos comunes de dicha calificación.

Teniendo en cuenta lo expresado, consideramos que el debate jurídico en nuestro país a partir de la transformación operada en esta última década, obviamente respecto de los denominados servicios públicos, para ser verdaderamente fructífero e instrumental, debería orientarse hacia una delimitación concreta término. En tal sentido, se procura en adelante definir lo más concretamente posible el “servicio público”, pero no con fines meramente teóricos sino procurando identificar, luego, cuáles son las actividades que deben calificarse como tales y cuáles son los efectos de tal inclusión.

Primeramente, a los efectos de delimitar correctamente la noción cuyo estudio se encara, es oportuno añadir con SARMIENTO GARCIA que ni la actividad legislativa ni la jurisdiccional son “servicio público” y, dentro de la actividad administrativa tampoco es “servicio público” el ejercicio de la policía, ni cualquier tipo de intervención de la Administración en actos particulares para darles certeza o seguridad jurídica, ni, tampoco, la actividad de fomento.

Asimismo también corresponde distinguir al servicio público del servicio social, pues este último no presenta la característica de la “publicatio”, entre otras notas distintivas³³⁷. Agrega el autor citado en último término que “es menester restringir la noción de servicio público a *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*”³³⁸.

Contribuye también a clarificar la noción BARRA, para quién el servicio público es un instituto jurídico tendiente a garantizar que

³³⁷ Vid. SARMIENTO GARCIA, Los servicios públicos. Régimen jurídico actual..., página 13.

³³⁸ La noción de “utilidad” a favor de los “habitantes, en nuestro modo de entender las expresiones de SARMIENTO GARCIA, se asimila a la de “interés público”, de manera que es la tendencia a satisfacer tal interés lo que justifica calificar una actividad como servicio público. Al respecto, el autor referenciado agrega “... o sea, una actividad que un sujeto debe efectuar en beneficio de otro, a quién se proporciona una utilidad concreta, y en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria intercurrente entre ambos...” (cfr. *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual...*, página 17).

la actividad por él regulada sirva para la plena satisfacción de las prestaciones exigidas por los administrados. En esta concepción, el servicio público es una “técnica jurídica”³³⁹. Se advierte, especialmente, en la doctrina del autor citado en último término, una tendencia muy positiva, y compartida en este estudio, a concebir al servicio público ya no como una actividad o prestación sino más bien como una técnica instrumental de regulación de determinadas actividades y/o prestaciones.

En un lucido trabajo, que involucra aspectos jurídicos y económicos, también MATA se aparta sutilmente de las posturas que caracterizan al término “servicio público” como un tipo de actividad especial, para conceptualizarlo como una “modalidad de regulación estatal de una actividad o, en otras palabras, un régimen de carácter potestativo que disciplina un cometido de prestación, sea que lo realice la administración o los particulares³⁴⁰”.

Por su parte, CASSAGNE expresa que todo “servicio público consiste en una prestación obligatoria y concreta, de naturaleza económico - social, que satisface una actividad básica y concreta del habitante”³⁴¹. Luego en el ya citado “Estudio Preliminar...” el mismo autor propende a una delimitación “que achica el campo de la noción tradicional”, al advertir tres notas peculiares de la noción de servicio público: satisfacción de necesidades primordiales, contenido económico de la prestación y obligatoriedad³⁴², sin perjuicio de los tradicionales requerimientos de la publicatio y el régimen exorbitante que rige la evolución de las prestaciones.

³³⁹ Ver al respecto Rodolfo Carlos BARRA, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”. *Revista Jurídica La Ley* 1982-B-363, *passim*.

³⁴⁰ Cfr. MATA, “Noción actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)...”, página 22.

³⁴¹ Vid. CASSAGNE, *La Intervención Administrativa...*, página 38.

³⁴² Véase CASSAGNE, *La regulación económica. Estudio Preliminar...*, páginas 23, 24 y 25.

La publicatio, como asunción por parte del Estado de la titularidad de la actividad calificada como servicio público, ha dado lugar a una desafortunada confusión, a partir de la cual se la considera como la razón por la cual el Estado “debe” o “puede” asumir la prestación misma del servicio. Sin embargo, al respecto, el mismo CASSAGNE aclara que la titularidad sobre el servicio “no implica atribuir al Estado derecho real alguno” sino que consiste en la transferencia – fundada en la necesidad y trascendencia social – de la titularidad privada a la pública” y que, en el caso de las privatizaciones sirve como fundamento de la regulación económica que el mismo Estado conserva sobre las prestaciones por el “régimen del servicio público a través de la gestión privada de una determinada actividad”³⁴³.

Para el autor citado en último término el “servicio público” es fundamentalmente una “técnica” o “régimen” que sustenta la regulación del Estado sobre las prestaciones, las cuales siempre deben subsistir bajo gestión privada, con la suficiente flexibilidad interpretativa, que coadyuve a la estabilidad de la concesión, mediante un margen de mutabilidad en las condiciones pactadas. Este margen de mutabilidad, se destaca, siempre debe practicarse de manera consensuada.

En otro orden temático pero en idéntico sentido, insiste CASSAGNE sobre la necesidad de asegurar el basamento contractual de las tarifas y eliminar el poder discrecional de la autoridad concedente, sujetando la potestad sancionatoria al principio de proporcionalidad, estableciendo procedimientos regulatorios consensuados o negociados y evitando que la atribución de responsabilidad no desestabilice las prestaciones³⁴⁴.

³⁴³ Cfr. Juan Carlos CASSAGNE, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, página 61.

³⁴⁴ *Ibid.*, página 64/65.

En una línea doctrinaria muy cercana a la del autor estudiado en último término, y como una muestra de la diversidad de aspectos y ribetes que el tema presenta, ARIÑO ORTIZ destaca la necesidad de especificar o particularizar la calificación de servicio público, evitando que la referida “calificación” recaiga sobre una actividad o sector en su conjunto y procurando, por el contrario, orientarla hacia “algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquel”. En tal sentido, el autor que ahora analizamos, hace referencia a la atribución de “obligaciones o cargas de servicio público” que cabe realizar respecto de tareas determinadas³⁴⁵.

También propone Ariño Ortiz abandonar las exageradas prerrogativas públicas que sólo sirven y sirvieron para justificar abusos, destacando el autor la necesidad de generar niveles de competencia óptimos en las prestaciones y advirtiendo especialmente que “el poder de imponer cargas u obligaciones de servicio se limita a las previstas en cada caso por la ley (o el título administrativo: concesión, licencia o como se llame)” y que en aquellos casos no previstos “no hay poder unilateral de modalización (como ocurría en el servicio público tradicional)”. Finalmente, destaca Ariño Ortiz que “las prestaciones nuevas que la Administración requiera deberán ser “negociadas”, pactadas con el operador”³⁴⁶.

A partir del análisis que se desarrolla en este título, la intención final es mostrar el nacimiento, relativamente reciente por cierto, de una corriente doctrinaria que procura realzar el concepto del servicio público, jerarquizar sus objetivos, fortalecer normativa e institucionalmente las actividades alcanzadas por dicho concepto y constituirlo en un verdadero “instrumento” de consecución del bien común, “herramienta” de satisfacción de las necesidades esenciales y “factor” de progreso y desarrollo sustentable. Para ello, lo primero es independizar el tratamiento normativo y operativo que los denominados

³⁴⁵ Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, en CASAGNE y ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, página 32.

³⁴⁶ *Ibid.*, página 33/34.

“servicios públicos” reciben, de cuestiones ideológicas, de aspectos estrictamente teóricos y de las decisiones meramente subjetivas de los funcionarios y legisladores de turno.

Esta corriente doctrinaria, liderada indudablemente por el Profesor Cassagne, incorpora lo que puede considerarse sin exageraciones ni con la intención de subestimar otras corrientes, la noción histórica del “servicio público” más objetiva y diáfana, al tiempo que “instrumental” al objetivo de convertir tales “actividades” (las alcanzadas por el concepto) en una verdadera herramienta para la mejor satisfacción del interés público. En efecto, en esta corriente doctrinaria, el “servicio público” aparece como un elemento procurador de seguridad jurídica y en un “mecanismo” que actúa estratégicamente, favoreciendo e impulsando día a día el progreso económico y el desarrollo social.

Las posturas del grupo de autores que conforman ésta corriente doctrinaria, cuyas ponencias en algunos casos se encuentran transcurriendo aún una etapa de desarrollo en el campo jurídico y económico, tal vez sin conocerse entre sí, tienen en común la virtud de conjugar los elementos originarios de la noción más tradicional del servicio público con los nacientes de la nueva realidad económica³⁴⁷.

La importancia y trascendencia de la propuesta común que esta corriente doctrinaria expone no es menor, pues, por el contrario, aparece presentando una noción superadora del servicio público, útil a los intereses del Estado en su carácter de “gerente del bien común”, instrumental para la satisfacción del interés público y esencialmente pensada para servir a una mejor satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, no sólo para ocupar un espacio en las obras, estudios e investigaciones teóricas.

Y debe quedar aquí nuevamente asentado que no se persigue la intención de menospreciar las grandes construcciones doctrinarias sobre la noción del servicio público, sino enaltecer las posturas –

³⁴⁷ Cfr. CASSAGNE, La regulación económica. Estudio Preliminar..., página 27.

igualmente grandes – que, más allá de los aspectos ideológicos y políticos que la materia encierra en sus entrañas, procuran hacer del servicio público un instrumento de satisfacción del bien común, en el marco de un Estado que no encuentra el camino adecuado para satisfacer debida y suficientemente las necesidades básicas de los ciudadanos³⁴⁸.

3. NUESTRO CONCEPTO DEL SERVICIO PÚBLICO: UNA TÉCNICA REGULATORIA

El rol de la persona jurídica Estado en materia de servicios públicos debe estudiarse partiendo de criterios y principios acordes a su importancia y su realidad, pues si bien se ha expresado con acierto que el servicio público constituye "un concepto diferenciador de distintas realidades políticas del Estado y de distintos institutos del derecho administrativo"³⁴⁹, justamente por esa circunstancia - por su alcance político, económico y social y por la influencia del mismo sobre las posibilidades de desarrollo sustentable de una región -, no debería demorarse ni postergarse la imperiosa necesidad de construir, bajo debates y consensos, un concepto claro y que permita identificar su esencia misma.

Desandando el camino hacia ese objetivo, se advierte que un análisis elemental respecto de las actividades a que se pretende hacer

³⁴⁸ Es ejemplificadora, de la postura que presentamos en el texto, la expresión del Profesor CASSAGNE respecto de lo que considera el punto neurálgico del debate. Al respecto, expresa el autor que "Si se penetra en el centro del problema se advierte que la institución del servicio público precisa de una justificación y delimitación adecuadas para atribuirle sentido en un mundo que vuelve, con todos los matices y peculiaridades diferenciales, al juego de las leyes del mercado, aunque ahora bajo el arbitraje de un Estado que actúa en defensa de la competencia" (*Vid.* "El servicio público en el campo de la contratación administrativa...", página 57).

³⁴⁹ Ver y ampliar en BARRA, "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público"..., página 25.

referencia cuando se utiliza el término “servicio público”, deja en evidencia la naturaleza netamente económica de las mismas, motivo por el cual un primer criterio a tener en cuenta es que, cuando se opina y define sobre el “rol del Estado en materia de servicios públicos” se lo está haciendo respecto del “rol del Estado en la economía” - o en un sector de ella - y que toda intervención del Estado respecto de los referidos servicios es una intervención del Estado en la economía.

Ahora bien, y aceptado esto, se advierte también que la intervención del Estado en la economía puede analizarse y juzgarse desde una sistematización previa, construida desde la ciencia jurídica, no la económica.

Al respecto, BARRA considera que entre los distintos grados que se reconocen en la intervención estatal sobre las actividades económicas, la sustitución es sin dudas la de mayor intensidad, pues lejos de limitarse a una acción limitadora de derechos a través del poder de policía, significa "la exclusiva asunción por parte del Estado del cumplimiento de una determinada actividad". Luego, en orden decreciente menciona el autor la calificación como de “orden público” que suele realizarse respecto de determinados temas y las actividades de fomento a cargo del Estado³⁵⁰.

Ahora bien, cuando se analiza objetivamente la evolución de las actividades calificadas como “servicios públicos” a través de la historia constitucional Argentina, teniendo en cuenta la clasificación doctrinaria referida en el párrafo anterior, se advierte que durante muchos años, y desafortunadamente para nuestro desarrollo, el Estado adoptó dos actitudes extremas y exentas de criterios sólidos y de políticas de Estado definidas.

³⁵⁰ *Ibid.*, página 22. En este caso, el autor distingue cuatro grados de la intervención estatal: fomento, orden público, policía y sustitución.

En este sentido, o el Gobierno del Estado optó por desentenderse casi absolutamente de estas actividades, dejando al sector privado actuar sin límites normativos ni control alguno³⁵¹ o practicó una inconstitucional “sustitución” respecto de algunas actividades que, en ciertos casos caprichosamente y en otros por razones meramente ideológicas, fueron sustraídas y prohibidas al sector privado, incluyendo también la “expropiación sin indemnización” de bienes y derechos³⁵².

De manera que, si se adoptara la clasificación de BARRA como referencia, y conforme el criterio que se viene exponiendo, la calificación de servicio público que puede recibir una actividad económica autoriza al Estado a practicar una intensa actividad de reglamentación sobre la misma, pero no implica en modo alguno autorizar al Estado para que asuma su prestación, sin perjuicio de aquellos casos excepcionales en los cuales no exista una persona privada dispuesta a asumir la misma³⁵³ o cuando circunstancias extraordinarias y ajenas a la voluntad del Estado hacen conveniente y necesario al interés público la asunción transitoria de la prestación por parte del Estado³⁵⁴.

³⁵¹ Tal como sucedió, a nuestro criterio, durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, y cuyas características y detalles son estudiados más adelante al analizar el desarrollo histórico de la regulación estatal sobre los servicios públicos.

³⁵² Al respecto, sugerimos la lectura del valioso aporte doctrinario y profundo estudio histórico realizado por Carlos R. ALCONADA ARAMBURÚ, “Rol del Estado en la economía”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1990, año 2. Ediciones Depalma, *passim*.

³⁵³ Como siempre se va a exigir un título habilitante para cada prestador, puede darse el caso de que no existan interesados durante el procedimiento de selección.

³⁵⁴ Es posible que la situación económica imperante impida u obstaculice la posibilidad de concretar grandes obras necesarias o que el estado de la infraestructura existente amerite la intervención previa y transitoria del Estado, para que el procedimiento de selección del prestador privado sea exitoso y viable.

Asimismo, a esa intensa actividad de reglamentación, que no es otra cosa que el ejercicio del poder de policía del Estado, se suma la potestad de regulación y control, cuyo sustento y legitimación constitucional surge de la naturaleza “esencial” que ostenta la actividad, en la medida que tiende a satisfacer necesidades básicas de la población³⁵⁵.

Ahora bien, no obstante lo expresado hasta aquí, es atinado reconocer que desde un punto de vista amplio, el concepto de “servicio público” es abarcador de toda la “actividad estatal”, quedando comprendidas entre sus alcances las atribuciones que los órganos del Estado reciben directamente de la Constitución, sea para legislar, ejecutar o juzgar en favor de las necesidades comunitarias³⁵⁶. La principal justificación del servicio público es, y ha sido desde siempre, la satisfacción del bien común como fin último del Estado.

Y es en este marco de “convivencia” de puntos de vista no solamente distintos sino esencialmente situados en extremos opuestos, cuando se produce una enorme confusión con efectos teóricos y prácticos, que se agrava al advertirse que actividades de naturaleza tan disímil como, por ejemplo, la función legislativa que desarrolla el Congreso de la Nación y el servicio de telefonía fija a cargo de una sociedad anónima, quedan abarcadas por una misma conceptualización jurídica – la de “servicios públicos” -.

³⁵⁵ Las diferencias y relaciones entre éstos conceptos son debidamente desarrolladas más adelante, sin perjuicio de lo cual podemos adelantar que, a nuestro criterio, son actividades del Estado que no se contraponen ni se identifican absolutamente, sino que se complementan permanentemente, especialmente respecto de los servicios esenciales.

³⁵⁶ En sentido contrario, aún cuando sin negar las facultades de regulación o reglamentación por parte del Estado, Mairal opina que “la titularidad estatal depende, en cada caso, de la decisión del legislador. Ella no nace de la Constitución Nacional, ni es característica necesaria de la Ley que regula el servicio público” (cfr. MAIRAL, “La ideología del servicio público...”, página 415).

Nos preguntamos entonces, si realmente es posible opinar sobre los “servicios públicos”, construir posturas jurídicas sobre los mismos y aportar clasificaciones que coadyuven a su sistematización, si se incluyen bajo tal noción actividades de naturaleza tan diversa. La respuesta sin dudas es negativa, pues lo que se diga quedará bien para algunas pero muy mal para otras. Cualquiera sea el talle de ropa que se utilice podrá quedarle bien a algunas pero a la mayoría le quedará demasiado grande o demasiado ajustado.

Por ello, desde un punto de vista distinto, pero fundamentalmente conciliador, estudiado y fundado en el título anterior, el servicio público deja de ser la actividad misma y aparece como una técnica jurídica por la cual el Estado actúa sobre determinadas actividades económicas, mediante el establecimiento de regímenes especiales. En éste caso, cuando se presta una actividad calificada y sujeta a un régimen de servicio público se ésta procurando ante la comunidad la satisfacción de necesidades esenciales, de las cuales la comunidad no puede tomar o prescindir según las circunstancias.

Esta es una realidad que juega en forma independiente de las causas jurídicas o económicas que pueden esgrimirse a la hora de justificar la intervención del Estado en su reglamentación, regulación y control. Más aún si se tiene en cuenta que, cuando el Estado, en cumplimiento de la Constitución Nacional, aplica el principio de subsidiariedad y otorga a personas privadas, mediante la técnica de la concesión, la administración, operación y mantenimiento de una actividad calificada como “servicio público”, estas asumen bajo su responsabilidad uno de los más importantes instrumentos de consecución del bien común.

Sin embargo, al mismo tiempo, deben afrontar durante el desarrollo de las actividades que se le han “concesionado”, las vicisitudes que enfrenta cualquier actividad económica. Igualmente, al recibir la autorización para hacerse cargo total o parcialmente de la actividad, los concesionarios o licenciatarios se sujetan a las leyes pertinentes y demás normas integrantes del denominado “marco regulatorio”, pero, a fin

de facilitar el cumplimiento del fin último del servicio, esas normas se adaptan periódicamente a las variaciones técnicas y económicas³⁵⁷.

Finalmente, se insiste en que todo lo expresado hasta aquí es motivo suficiente para exigir una reglamentación acorde y su posterior regulación y control, más no para determinar que la persona competente para asumir su prestación es el Estado.

En efecto, es necesario distinguir siempre la persona que asume la titularidad de la actividad calificada legalmente como “servicio público” (en lo que se viene desarrollando “el Estado”) de la persona que asume la efectiva administración y operación de tales actividades (en lo que se viene desarrollando “la persona jurídica privada” a quién se le otorga tal derecho mediante una concesión o licencia).

En base a lo expresado, podría arriesgarse una noción del servicio público que, representando lo expuesto hasta aquí, sirva para identificar y calificar 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, mantener e impulsar el bien común y el desarrollo socio-económico de la persona humana, por lo cual deberá asegurar prestaciones de carácter obligatorio*³⁵⁸.

³⁵⁷ Respetada doctrina nacional de mediados del siglo XX ha expresado que “el objeto de la concesión es el servicio público y la “causa” de la concesión necesariamente el “interés público... No hay concesión que tenga por causa jurídica el interés del concesionario” (véase Rafael BIELSA, “Algunos principios de derecho sobre concesiones de servicio público” en *Estudios de Derecho Público*, tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, página 615). Sin dejar de coincidir con las expresiones del autor, agregamos que tampoco existe concesión de servicio público que tenga por causa jurídica el interés político del Gobierno de turno ni el interés ideológico de algunos de sus funcionarios ni los intereses de algún partido político. Tal vez uno de los pasos más importantes a favor de nuestros servicios esenciales sea comprender que el único interés a satisfacer con la concesión es el “de todos”.

³⁵⁸ Respetada doctrina, que en muchos aspectos seguimos, ha enumerado como “principios” o “caracteres” del servicio público al deber de continuidad, uniformidad (o igualdad), regularidad y calidad (cfr. MATA, “Noción actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)...”, página 28-29) e incluso algún sector doctrinario incluye como caracteres los de obligatoriedad y

4. ANÁLISIS DE LA NOCIÓN

Se analizará ahora, discriminadamente, los aspectos de la definición expuesta en el título anterior, sin perjuicio de advertir - como se hiciera anteriormente - que la noción del servicio público que aquí se expone y analiza intenta cubrir, correctamente para algunos e incorrectamente para otros, la necesidad de construir instituciones de derecho público que, más allá de representar un pensamiento, ideología o programa de gobierno, sean fruto de verdaderas políticas de Estado y que se constituyan en efectivos instrumentos para el mejor cumplimiento de los fines del Estado.

a) Técnica legal de regulación

La calificación de una actividad económica como sometida a un régimen especial de servicio público mediante la correspondiente declaración legislativa³⁵⁹, implica sujetar su prestación a una serie de re-

generalidad (ver, por ejemplo, Jorge SARMIENTO GARCÍA (Director), *Derecho Público*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1998, páginas 634-635) y otros independizan los de uniformidad e igualdad. Con el debido respeto por quiénes así lo sostienen, consideramos que los caracteres del servicio público son los de obligatoriedad y regularidad, sin perjuicio de que, a partir de la vigencia del carácter obligatorio y de la atención estricta a las normas preestablecidas, el prestador deberá cumplir estrictamente con las reglas sobre igualdad, calidad, continuidad y generalidad que se establezca para cada caso en particular. Es decir que, sin ser inherentes en forma global a todos los servicios, tales caracteres surgen particularmente, y adaptado a cada caso, de las leyes, sus reglamentaciones y de las órdenes regulatorias, así como también de las reglas establecidas en los títulos habilitantes.

³⁵⁹ La importancia y trascendencia de tal declaración, por el impacto que tiene sobre el ámbito de libertad, impone la necesidad de que tal decisión sea sometida previamente a un ámbito de debate en el cual esté representada la comunidad toda. En tal sentido, se ha expresado que "... es preciso que los órganos legislativos de la comunidad sean los competentes para declarar la incorporación de una actividad al régimen del servicio público con el objeto de que esta declaración normativa se nutra de una necesaria y suficiente legitimidad política" (ver y ampliar en Juan Carlos CASSAGNE, *Estudios de Derecho Público*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, página 99).

glas mucho más estrictas que las que tiene que soportar el prestador de un servicio no calificado como tal.

Es decir que, lo que el legislador hace concretamente, es declarar su prestación sujeta a una serie de normas, las cuales pueden ser dictadas por el propio legislador en ese mismo acto de declaración o realizarlo en otra oportunidad, o incluso, puede sucederse una delegación expresa o implícita en el órgano ejecutivo y, en caso de existir el sujeto regulador, puede atribuírsele, como en el caso de nuestro país³⁶⁰, determinadas competencias para reglamentar temas técnicos y detalles menores de distinta naturaleza³⁶¹.

De manera que, algunas de las reglamentaciones que se aplican a una actividad declarada legislativamente como “servicio público”, pueden aparecer concomitantemente con dicha declaración, y otras, por el contrario, se originarán posteriormente a través de nuevas leyes, de sus reglamentaciones, de actos administrativos individuales (como puede ser un permiso, autorización o habilitación específica) y/o por intermedio de organismos especialmente creados para ejercer la regulación de tal actividad³⁶².

³⁶⁰ Esto último ha sido analizado críticamente por el Profesor Cassagne, para quién la función de dictar normas que tienen los entes reguladores no implica la de modificar norma alguna de superior jerarquía, al tiempo que advierte sobre las limitaciones constitucionales del Poder Legislativo para delegar directamente en entes descentralizados potestades normativas (*vid.* CASSAGNE, *La Regulación Económica. Estudio Preliminar...*, página 99 y ss.). Más adelante volvemos sobre el tema.

³⁶¹ Es el caso de los reglamentos de suministro y de accesibilidad, el procedimiento para la defensa de los derechos del usuario, el procedimiento para la realización de audiencias públicas y cuestiones atinentes a la seguridad, entre otros aspectos.

³⁶² A título de ejemplo, corresponde destacar que, en nuestro país, la ley 24.076, promulgada el 9 de junio de 1992, declara servicio público nacional al transporte y distribución de gas natural (artículo 1º) y, sin perjuicio de establecer las condiciones generales para su desarrollo, delega en el Poder Ejecutivo Nacional la selección y habilitación de personas privadas que se hagan cargo de la prestación del servicio y otras múltiples reglamentaciones (artículos 3º, 4º, 85º, etc.). Asimismo, luego de crear al sujeto regulador - E.Na.R.Gas - (artículo 50º) le atribuye facultades de reglamentación (artículo 52º, incisos b), c), etc.). Algo similar

Este tema será desarrollado extensamente al tratar concretamente el concepto y los elementos de la regulación económica sobre estas actividades, con un énfasis especial respecto de lo que se conoce como regulación “por incentivos”.

La calificación del servicio público como “técnica” pretende enaltecer su figura, y se orienta también a fortalecerlo como instrumento de concreción del bien común y satisfacción del interés público. Ello es así, en la medida que ha quedado en evidencia el hecho de que la mera calificación de una actividad como servicio público de nada sirve o coadyuva para una mejor satisfacción de las necesidades esenciales de la población.

Por el contrario, en nuestro país, y con hondo pesar para quienes consideran a esa calificación como suficiente y determinante, los denominados servicios públicos han sido durante mucho tiempo objeto de las peores manipulaciones políticas, y monedas de cambio entre el gobierno de turno y sindicatos de trabajadores. Para vergüenza de todos, el término “servicio público”, y sus derivaciones, se convirtió en un instrumento al servicio de intereses ideológicos, y, sus usuarios, los ciudadanos, fueron desprotegidos y sometidos a los abusos y arbitrariedades de los funcionarios de turno³⁶³.

Frente a esa innegable realidad, el “servicio público” concebido como una “técnica legal de regulación”, es justamente el instrumento que ayudará a crear las condiciones básicas y suficientes para que los ciudadanos desarrollen en plenitud sus potencialidades y gocen de

sucede con la Ley 24.065 respecto del transporte y distribución de electricidad y el E.N.R.E. Un caso con características especiales advertimos respecto de la actividad destinada a proveer agua potable para consumo humano y desagües cloacales, la que es declarada servicio público mediante Ley 23.696, estableciéndose allí, muy acotadamente, las pautas básicas de las prestaciones, delegándose el dictado del marco regulatorio y la creación (atribución de competencias al sujeto regulador) en el Poder Ejecutivo.

³⁶³ Mas adelante analizamos las consecuencias concretas y palpables de esta lamentable realidad que vivió nuestro país, detallando el grado de desinversión de cada servicio, las enormes fallas de infraestructura y el porcentaje de población sin acceso a ellos.

un nivel de vida acorde sus verdaderas necesidades y en proporción a sus posibilidades concretas³⁶⁴.

Ese servicio público, como técnica instrumental y no sólo como una categoría jurídica, es la “herramienta” que, acompañando las políticas normativas e institucionales pertinentes, aumentará el número de años que la gente vive, mejorará la calidad con que los vive, asegurará niveles óptimos de autocontrol sobre sus vidas, permitirá un acceso ágil y completo a los bienes culturales y coadyuvará a la conformación de un conjunto de elementos que hacen a la esencia del ser humano, una entidad pensante, libre y participativa³⁶⁵.

Finalmente aclaramos que el concepto del servicio público como técnica ha sido esbozado no sólo por la doctrina nacional citada más arriba, también MEILAN GIL se refiere al mismo como técnica habitante del poder³⁶⁶.

b) De titularidad estatal y gestión privada

Se ha expresado entonces, en el título anterior, que una actividad será declarada legalmente servicio público por configurarse como un instrumento fundamental para la concreción del bien común³⁶⁷. Ahora bien, el Bien Común constituye la causa final del Es-

³⁶⁴ Véase la Ley Nacional 24.076 (marco regulatorio de la industria del gas natural) que en su artículo 2° establece: “Fijanse los siguientes objetivos para la regulación del transporte y distribución del gas natural...”. De manera que, el legislador, es muy oportuno y sutil al expresar que los objetivos son fijados a la “regulación”, son encomendados al “instrumento regulador servicio público” y no a la actividad sujeta a tal “instrumento”.

³⁶⁵ Es la definición de Progreso, o mejor dicho, lo que este implica, que aporta el INFORME SOBRE DESARROLLO HUMANO del PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) correspondiente al año 1993.

³⁶⁶ Cfr. José Luis MEILAN GIL, “El servicio público en el derecho actual”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 17, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, página 360.

³⁶⁷ Etimológicamente, la expresión bien común deriva de la expresión latina, utilizada por santo Tomás, *bonum commune*. Esta expresión alcanza en su desarro-

tado, y la causa final es el “fin para el cual la cosa existe” es la que impulsa y moviliza la actividad estatal³⁶⁸.

En tal sentido, 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”. Medite el lector tan solo unos minutos y descubrirá, sin mayores inconvenientes, como inciden las actividades sujetas a un régimen de servicio público en nuestra legislación³⁶⁹, sobre la plenitud espiritual y material del ser humano (directa o indirectamente).

También se ha expresado una definición mas operativa del “bien común”, como instrumento de búsqueda y agrupación de las condiciones aptas para alcanzar nuestros objetivos, cumplir nuestros deberes, ejercer nuestros derechos y todo lo que conduce al perfeccionamiento del hombre³⁷⁰.

llo una precisión que impide identificarla (o confundirla) con locuciones similares como bienestar general o bien colectivo. El bien común aparecería como una idea - fuerza en la que se afirma la solidaridad (*vid.* DE LA VEGA, *Diccionario Consultor Político...*, Libro Azul, p. 76) y como conjunto de “condiciones” que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su propia persona (ampliar, con seguro provecho, en *Carta Encíclica Mater Et Magistra* (Juan XXIII, 1961), *passim*).

³⁶⁸ El “bien común” es la nota que acompaña al Estado desde su nacimiento y justifica su existencia. La causa final es “la causa causarum, la causa de todas las causas, llamada también última, en el sentido de que es la última que es alcanzada; pero por otro lado, es la primera, porque pone en movimiento todo el proceso de la causalidad: es primera en la intención y última en la ejecución” (así lo expresa SARMIENTO GARCIA, en *Derecho Público...*, páginas 33/34).

³⁶⁹ Nos referimos al acceso domiciliario al agua potable, al transporte público, a la recolección de residuos cloacales, servicio de energía eléctrica, gas natural y telecomunicaciones.

³⁷⁰ Ver y ampliar en SARMIENTO GARCIA, *Derecho Público...*, páginas 33/34 y también en las fuentes allí citadas, especialmente se recomienda la lectura de la *Carta Encíclica Rerum Novarum* (Leon XIII, 1891) y *Carta Encíclica Mater Et Magistra* (Juan XXIII, 1961).

Entonces, como instrumento de realización del bien común, determinadas actividades son de titularidad estatal y se encuentran legítimamente sometidas a un régimen especial en su prestación o desarrollo³⁷¹. La titularidad estatal sobre los servicios públicos no es forzosa ni necesita mayores justificativos, pues “... el Estado no necesita ya de previa declaración de titularidad (*publicatio*) de determinadas actividades...”³⁷².

Por el contrario, podría decirse que por lógica deductiva se llega a su naturaleza de “titularidad” 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 o asumir necesariamente el carácter de operador, sino justamente todo lo contrario. Veamos por qué.

En efecto, precisamente por ser esa actividad fundamental para satisfacer necesidades esenciales y por la naturaleza económica de las mismas, lo que requiere de abundantes recursos para financiar las exigencias mínimas de cobertura, crecimiento y competitividad, esto último en los aspectos económicos, no es el Estado la persona más apropiada para gestionar esa actividad. A ello debe agregarse que la propia esencia de estas actividades, hacen imprescindible un sistema ágil y sencillo para la toma de decisiones. Justamente todo lo contrario de lo que ocurre en el Estado.

El Gobierno de ningún Estado en vías de desarrollo socio - económico, no sólo no está capacitado para mantener una inversión estable en tecnología e infraestructura³⁷³, sino que tampoco puede evi-

³⁷¹ Sobre la denominada “*publicatio*” puede también consultarse CASSAGNE, *La regulación económica. Estudio preliminar...*, página 26 a 30. Véase también CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, *passim*.

³⁷² Cfr. MEILAN GIL, “El servicio público en el derecho actual...”, página 353/4.

³⁷³ Sin perjuicio de que existan circunstancias económicas mayormente fortuitas, que generan periodos relativamente cortos de tiempo, durante los cuales

tar las presiones políticas que por lógica se suceden³⁷⁴, cuestiones que impiden conformar “políticas de Estado” perdurables y exentas de intereses temporarios, dando lugar a un alto porcentaje de fracaso y, con su fracaso, el de las más esenciales expectativas sociales³⁷⁵.

De manera que, tanto la titularidad estatal como la gestión privada son los dos elementos esenciales de las actividades declaradas servicios públicos o sujetas a un régimen especial de “servicio público”³⁷⁶, lo cual nos conduce inevitablemente hacia una relación de lo público con lo privado de límites variables, situación que ha encontrado principio de solución, desde el punto de vista del derecho, en el denominado principio de subsidiariedad. Este elemental principio,

Gobiernos de Naciones en vías de desarrollo adquieren cierta capacidad de autofinanciar determinadas infraestructuras. Aún así, debemos tener en cuenta dos puntos de importancia: 1.- el Estado es una persona jurídica única, que cuando atraviesa inevitables ciclos económicos críticos no tiene un reemplazo natural, como si lo tiene el sector privado cuya fuente de financiamiento se renueva periódicamente, produciéndose renovándose sin mayores artificios las personas que invierten en cada caso y; 2.- son tantas las necesidades básicas insatisfechas en los países en vías de desarrollo que nunca será suficiente la inversión que se proponga, motivo por el cual, aún con inversores privados en materia de servicios públicos esenciales, el Estado tiene mucho para hacer en materia de salud, educación y seguridad.

³⁷⁴ Más allá de lo bueno o malo del juego político, lo cierto es que ciertas materias esenciales no deberían estar expuestas al mismo.

³⁷⁵ En Argentina, sin temor a la exageración y luego de haber “probado” durante décadas la prestación “estatal” de los servicios públicos, a través de empresas del Estado, sociedades con participación estatal mayoritaria, sociedades del Estado, estamos en condiciones de afirmar, sin temor a parecer exagerado, que la concreción de los servicios esenciales y la construcción de infraestructura social son actividades demasiado importantes como para confiarlas solamente al Estado.

³⁷⁶ Es muy claro y terminante MEILAN GIL cuando advierte que “no tiene sentido, entonces, declarar una actividad como servicio público para gestionarla directamente por la Administración” (cfr. “El servicio público en el derecho actual...”, página 351).

así formulado en doctrina, veda al Estado realizar todo lo que los particulares pueden realizar sin su intervención³⁷⁷.

En relación al principio de subsidiariedad, es esclarecedora la opinión de BARRA, quién describe a la sociedad como una pirámide, cuyo vértice es el Estado, "... encontrándose su cuerpo formado por el conjunto de agrupaciones menores en jerarquía, anteriores en su proximidad al hombre e intermedias en la relación de las personas con el Estado ... así - para el autor citado - es posible distinguir entre las competencias y responsabilidades propias de los individuos, de las comunidades y de las asociaciones de una parte y la competencia del Estado de otra ... "³⁷⁸. Esta distribución de competencias, al delimitar concretamente las del Estado - que alcanzarían sólo "aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares no pueda o no deba desarrollarse³⁷⁹" -, le atribuye una participación subsidiaria.

Adelantando una conclusión sobre un tema que será tratado en capítulos posteriores, se considera que, en el caso de los servicios públicos, también debe aplicarse el principio de subsidiariedad en el ejercicio de la función de regulación. Es decir, la intervención subsidiaria del Estado no sólo es posible mediante la asunción transitoria de la prestación de un servicio público, como cubrimiento de un eventual vacío en la gestión privada, sino también mediante actividades regulatorias, esta vez como resguardo ante eventuales vacíos que puedan producirse en los aspectos normativos, cuando las denominadas "fallas" del mercado afecten o ponga en peligro el fin

³⁷⁷ En la doctrina nacional, sin dudas es CASSAGNE quién más a desarrollado éste principio (ver, entre otras obras del autor referido, *Derecho Administrativo...*, tomo I, *passim*).

³⁷⁸ Cfr. Rodolfo C. BARRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco, 1ª edición, Buenos Aires, 1980, página 35/36. Respecto al principio de subsidiariedad, véase además CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo I, página 75.

³⁷⁹ Ver y ampliar en BARRA, *Principios de Derecho Administrativo...*, página 35/36 y CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo I, página 75.

esencial del servicio o cuando no sea posible la “autorregulación” o los acuerdos privados³⁸⁰.

No obstante, sin dudas cualquier decisión que surja a partir de la libre y equitativa participación de los sectores involucrados será mejor y más efectiva que la regulación que provenga de un funcionario, “muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios tanto políticos como ideológicos”³⁸¹. Lo que debe quedar claro es que la titularidad estatal y el sometimiento a un régimen especial de servicio público implican la necesaria prestación indirecta del servicio, con las excepciones que permita en su extensión el ya enunciado principio de subsidiariedad³⁸².

A título enunciativo, sin perjuicio del análisis normativo de mayor profundidad que se realiza a lo largo de este trabajo, citamos la Ley 24.076, marco regulatorio de la industria del gas natural, la cual dispone que “el transporte y distribución de gas natural deberán 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 ...”, estableciendo más adelante que el estado sólo podrá prestar estos servicios en los casos en que no existan interesados en el sector privado³⁸³.

³⁸⁰ Es importante la opinión del Profesor CASSAGNE para quién “el principio de subsidiariedad sólo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el estado deba intervenir (con su actividad legislativa o reglamentaria) para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes que lo distorsionan, la regulación carece de sentido, así como también cuando es posible la autorregulación o los acuerdos entre sectores involucrados (cfr. CASSAGNE, *Estudios de Derecho Público...*, página 96, nota 1). Más adelante se tratará en detalle los conceptos económicos que contiene este párrafo.

³⁸¹ Cfr. CASSAGNE, *Estudios de Derecho Público...*, página 99.

³⁸² Véase la cita efectuada más arriba respecto de la *Carta Encíclica Centesimus Annus* (Juan Pablo II, 1991), en el Centenario de la *Carta Encíclica Rerum Novarum* (Leon XIII, 1891).

³⁸³ Cfr. Artículo 4°.

Por su parte, respecto del transporte y distribución de electricidad, la Ley 24.065 dispone que la prestación indirecta es “prioritaria” y que el Estado los prestará en caso de no existir interesados en el sector privado³⁸⁴.

En el caso de la actividad vinculada a la captación, potabilización, transporte y distribución de agua potable para consumo humano y de recolección, tratamiento y depuración de desagües cloacales, el legislador dispuso oportunamente que los mismos se sometían a un procedimiento de privatización y que la técnica o modalidad legal³⁸⁵ a utilizar sería la de la “concesión”, disponiendo las pautas básicas a que el órgano ejecutivo debe sujetarse para llevar adelante tales procedimientos y para el dictado del marco regulatorio³⁸⁶. Ambas cosas, la “privatización” y la “concesión” fueron una realidad en su momento, aunque hoy en día el servicio se encuentra nuevamente en manos del Estado.

c) De contenido económico

Tanto los costos de administración y operación como las inversiones necesarias en infraestructura, mantenimiento y técnicas operativas, en el marco de la prestación de un servicio público son retribuidos mediante el pago de las tarifas correspondientes. Esto es uno de los ítems que distingue al servicio público de los denominados servicios sociales³⁸⁷.

Entender que las actividades sometidas a un régimen regulatorio de servicio público son actividades de neto contenido económico, es fundamental para comprender que su prestación se encuentra librada principalmente a las fuerzas del mercado, que su desarrollo se en-

³⁸⁴ Véase Artículo 3°.

³⁸⁵ Vide. Ley 23696, artículo 17°.

³⁸⁶ Ver y confrontar en Ley 23.696, Anexo I, inciso IV y artículos 15°, inciso 7) y 17°, inciso 5).

³⁸⁷ Ampliar en SARMIENTO GARCIA, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual...*, página 9 y 10.

cuentra sometido al principio de mantenimiento de la ecuación económica de su prestación y que su progreso técnico y eficiencia depende de la inversión en tecnología e infraestructura³⁸⁸.

d) Destinadas a satisfacer necesidades

La “necesidad” entendida como “móvil jurídico de actuación de los Poderes Públicos”³⁸⁹, no se circunscribe, ni condiciona su existencia, a situaciones de crisis o de naturaleza extraordinarias o excepcionales. Por el contrario, se entiende que la “necesidad” actúa correlativamente como principio integrador del orden jurídico, como móvil de actuación de los Poderes Públicos y como base jurídica o causa justificativa de sus acciones³⁹⁰.

La doctrina extranjera ha avanzado en el análisis de este concepto vinculándolo al de “fin esencial”. Es decir que, en la medida en que esté en juego uno de los fines esenciales de los Poderes Públicos será la “necesidad” el fundamento del accionar estatal, caso contrario, sólo servirán como fundamento y justificación de la actuación de

³⁸⁸ Tanto CASSAGNE (*vide. Estudios de Derecho Publico...*, página 99) como MEILAN GIL (cfr. “El servicio publico en el derecho actual”, página 351) tratan al contenido económico de las prestaciones como una nota esencial y especialmente configuradora del servicio público. Por su parte, MATA considera que la naturaleza económica del “servicio público” es uno de los factores por los cuales su control y regulación es una necesidad inevitable, y es el motivo por el cual resulta imposible redactar contratos de concesión o de licencia “completos” y que se basten a sí mismos para el tratamiento y resolución de todas las cuestiones que pueden presentarse durante su desarrollo (ver y ampliar con seguro provecho en MATA, “Panorama del control sobre los entes reguladores...”, *passim*).

³⁸⁹ Conforme la expresión de Vicente ALVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, Capítulo I, página 73.

³⁹⁰ *Ibid.*, Capítulo I, *passim*.

los Poderes Públicos “probadas razones de conveniencia, oportunidad e interés o propósitos estrictos de grupo político”³⁹¹.

La concepción de la necesidad como móvil de actuación estatal se vincula estrechamente con el ya enunciado principio de subsidiariedad en la actuación del Estado. Pero se advierte que para habilitar la actuación estatal, la necesidad debe estar vinculada al cumplimiento de alguno de los fines esenciales del Estado. Solo así no existen mayores peligros de que se abuse de tal concepto (necesidad) y para ello deben tenerse en cuenta los siguientes criterios básicos al momento de “movilizar” el aparato estatal:

i. la necesidad es un concepto que no se identifica exclusivamente con situaciones extraordinarias o excepcionales;

ii. por el contrario, la necesidad vinculada, en su satisfacción, al cumplimiento del fin del Estado (de los Poderes Públicos) es el móvil jurídico de su actuación;

iii. el concepto “necesidad” funciona simultáneamente como fundamento, como conductor y como límite de la actuación del Estado³⁹²;

iv. siempre se exige una situación de hecho y otra de derecho. La primera constituye el componente fáctico y se manifiesta en las distintas circunstancias que dan lugar a la intervención. La segunda es el componente jurídico y se manifiesta en los distintos valores, fines y objetivos prefijados por el ordenamiento, sujetos estrictamente a los principios generales del Derecho³⁹³;

³⁹¹ Según esta doctrina, la necesidad estaría vinculada a la obligación de actuar que tiene el Estado (*Ibidem*). Al respecto, sugerimos ampliar en PL FRIER, *L'urgence*, LGDJ, París, 1987 y demás doctrina allí citada.

³⁹² Se deberá satisfacer toda necesidad vinculada a algún fin del Estado, pero siempre atendiendo a la vigencia del principio de subsidiariedad.

³⁹³ Se realiza esta última aclaración adoptando las diferencias marcadas por CASSAGNE entre “principio” y “directriz” o “directriz política”. Esta última sería un “tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”, mientras que el término “principio” se refiere a “un estándar que ha de ser obser-

v. la extensión de los efectos de la intervención y la intensidad de la misma deben adecuarse estrictamente a la situación fáctica y al objetivo prefijado por la norma (componente jurídico), pues rige en su extensión el principio de razonabilidad³⁹⁴ y proporcionalidad;

vi. atendiendo al principio de subsidiariedad ya enunciado, la actuación de los Poderes Públicos deberá limitarse conceptual y temporalmente, en la medida en que los particulares puedan ir respondiendo satisfactoriamente por sí mismos;

vii. cuando un poder público no actúa en cumplimiento de uno de sus fines predeterminados, no es la necesidad el móvil de su actuación sino razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

e) Esenciales.

Es realmente imprescindible, y oportuno también, encontrar el verdadero significado del término “esencial”, teniendo en cuenta que se trata de una característica atribuida supuestamente a las necesidades que tienden a satisfacer las actividades sujetas a un régimen jurídico especial de servicio público. En tal sentido, podría decirse

vado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (Ver del autor citado “De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, en *El derecho administrativo argentino hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, nota 11). Respecto de la distinción de los dos componentes o las dos situaciones véase con provecho ALVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público...*, página 165.

³⁹⁴ El resguardo de la “razonabilidad” en las manifestaciones de voluntad de la administración es tal vez una de las exigencias más valiosas, al tiempo que actúa como limitante de la “ilegalidad” e “impunidad”. En este sentido, desde los requerimientos de fundamentación o motivación y de finalidad, hasta el principio de proporcionalidad de medios a fines, todo ello contribuye a asegurar la razonabilidad de los actos estatales, concepto que, paulatinamente, se constituye en el principio más importante del ordenamiento jurídico (sobre los principios generales del derecho recomendamos la lectura de CASSAGNE, “De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo”..., *passim*. Véase también Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3° edición, tomo I, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1995, VI-38).

que un servicio es calificado como “público” cuando de su prestación depende la satisfacción de necesidades “esenciales” de la población.

Por ello, aparece como fundamental para el correcto entendimiento de la definición que comentamos, así como también para desarrollar y definir los alcances de las competencias que cada persona pública o privada tiene atribuida en la materia, descubrir el rol que dicha característica tiene (la de “esencial”), destacar sus notas distintivas y analizar detalladamente los efectos que produce sobre el servicio mismo, así como también sobre distintos aspectos de su prestación, regulación y control.

En este rumbo, un camino posible consiste en realizar un paralelismo con aquellos casos en los cuales el carácter de “esencial” es atribuido a ciertos servicios cuando se pretende someter, bajo los efectos que provoca dicha calificación, algunas de sus facetas a un régimen especial limitativo de los derechos individuales. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se reglamenta el ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de determinadas actividades³⁹⁵, restringiendo o anulando el ejercicio de dicho derecho de origen constitucional.

³⁹⁵ La normativa respecto del derecho de huelga en los servicios esenciales es tan abundante como confusa. En 1945 se dicta el Decreto 536/45, reglamentario del derecho de huelga, luego derogado por Decreto - ley 455/55, y, a partir de allí el derecho de huelga recibió múltiples reglamentaciones legales y reglamentarias. El decreto - ley 10.596/57, impuso un procedimiento de conciliación y arbitraje obligatorio para los conflictos que pudieran afectar los servicios públicos, pero la norma fue derogada en 1958 por la ley 14.786. En 1962, se dictó el decreto - ley 8946/62 que también impuso el arbitraje obligatorio respecto de todo conflicto que, directa o indirectamente, pudiera ocasionar la suspensión, interrupción, paralización o negación de los servicios públicos esenciales. La Ley 19.636 estableció un régimen obligatorio de arbitraje respecto de los conflictos que pudieran poner en peligro la paz social o la economía nacional. La Ley 17.183 que facultó a las empresas y a los organismos de Estado que prestan servicios públicos o de interés público, a intimar al personal al cese de medidas de fuerza directa que pudieran entorpecer la prestación del trabajo. La Ley 20.638 que estableció la vigencia definitiva de la referida ley 16.936 y su aplicación respecto de todos los conflictos colectivos de trabajo, fueran éstos de derecho o de intereses, que se produjeran en todo el territorio de la Nación. En marzo de 1976 se dictó la ley 21.261 que sus-

En éste último caso, se trata de servicios cuya continuidad es exigible no sólo por las normas o en cumplimiento de una ley que así lo establece, sino que, por el contrario, advertimos que la norma jurídica se inspira y justifica en la naturaleza misma de determinadas actividades económicas que inciden de tal manera en ciertos ámbitos socio - económicos, que su regularidad y continuidad son condiciones ineludibles para el normal ejercicio de algunos derechos fundamentales y el mantenimiento de bienes constitucionalmente protegidos³⁹⁶.

pendió transitoriamente en todo el territorio nacional, el ejercicio del derecho de huelga, así también como el de toda otra medida de fuerza, paro, interrupción o disminución del trabajo o su desempeño en condiciones que de cualquier manera pudieran afectar la producción. En el año 1990, el derecho de huelga en los servicios esenciales fue reglamentado mediante Decreto 2184/90. Más recientemente, la Ley 25.250 deroga el Decreto mencionado en último término y establece en su artículo 33° que "las partes de un conflicto de trabajo que decidan la adopción de medidas legítimas de acción directa sobre actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberán garantizar la prestación de servicios mínimos" y en su parte final agrega que "Las facultades del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y FORMACION DE RECURSOS HUMANOS deberán ejercerse conforme las normas y resoluciones de la ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO". Posteriormente, mediante Decreto 843 del 29 de septiembre de 2000, el artículo referido de la Ley 25.250 es reglamentado pero el 18 de marzo de 2004 la Ley 25.877 deroga la Ley 25.250 y ordena el dictado de una nueva reglamentación (artículo 24°) dejando en vigencia transitoriamente el Decreto 843/00 hasta que esto último suceda. Finalmente el 13 de marzo de 2006 se publica en el Boletín Oficial el Decreto 272/06, en cumplimiento del artículo 24° de la Ley 25.877 ya referido.

³⁹⁶ Especialistas en derecho laboral y la misma Organización Internacional del Trabajo aceptan que "Como algunos de los bienes y servicios que, en razón de esa acción, los miembros de la comunidad no pueden gozar, son de carácter esencial, la interrupción de su prestación deteriora "la satisfacción de [las] necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de [las] instalaciones", lo que puede poner en peligro la vida o el bienestar de toda o parte de la población. En función de esa circunstancia, se aceptan ciertas restricciones al ejercicio de ese derecho, entre otros, respecto: a) del desempeño de la función que ejercen quienes actúan en calidad de órganos del poder público, o sea, de aquellos "funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado", b) de las actividades vinculados con "servicios esenciales en sentido estricto" (ver y ampliar en Antonio VAZQUEZ VIALARD, "La regulación legal de

No obstante ello, reconocemos que el término bajo análisis no ha recibido un tratamiento pacífico ni en la teoría ni en la práctica. Mientras la jurisprudencia debe realizar frecuentemente un arduo trabajo para llegar a una configuración del mismo, desde el punto de vista normativo y doctrinario la cuestión no es mucho más alentadora, especialmente teniendo en cuenta que su identidad es afectada negativamente por carecer de un significado uniforme y con características definidas.

A más de todo ello, y en perjuicio de su utilidad como concepto autónomo y de su capacidad para provocar efectos jurídicos, el término “esencial” es utilizado en la práctica legislativa y jurisprudencial sin mayores cuidados ni preocupación por realizar una previa y completa conceptualización y especificación de sus efectos inmediatos, así como tampoco se presta demasiada atención a sus consecuencias sobre determinados ámbitos de la vida social.

A tal punto es densa la cuestión, que los mismos órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo tienen serias dificultades para sentar criterios uniformes y genéricos respecto de las actividades que deben considerarse “esenciales”.

Sobre este último tema y refiriéndose a los mencionados órganos de control, expresa VAZQUEZ VIALARD que “no han formulado una determinación concreta orgánica de dichos servicios esenciales, sino que en cada caso, frente a las situaciones planteadas, se han expedido respecto de cuales no tienen esa naturaleza, por lo que no procede limitar el ejercicio del derecho de huelga”³⁹⁷.

Del análisis de distintos casos resueltos por la Organización Internacional del Trabajo, “se ha considerado que no constituyen actividades esenciales, entre otros: la realización de tareas propias de bancos; servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; de radio-televisión; actividades vinculadas con el sector

la huelga en los servicios esenciales”, *Academia Nacional de Derecho*, 2004 (*septiembre*), *passim*. y ver especialmente nota 11 con citas allí realizadas).

³⁹⁷ *Ibid.*, página 1.

del petróleo; de puertos (carga y descarga); grandes almacenes; metalurgia; sector minero; transportes en general; empresas frigoríficas; servicios de hotelería; construcción; fabricación de automóviles; reparación de aeronaves; actividades agrícolas; abastecimiento y distribución de productos alimentarios; agencias gráficas del Estado; monopolios estatales de alcohol, de la sal y del tabaco; Casa de Moneda; educación; transporte metropolitanos; servicios de correos”.

Por el contrario, para los mismos órganos de control que vemos siguiendo, sí constituyen servicios esenciales, los realizados en hospitales, servicios de electricidad; abastecimiento de agua; control de tráfico aéreo y servicio telefónico³⁹⁸.

Sin embargo, y como una prueba de la complejidad que el asunto presenta, una Comisión de Expertos especialmente constituida en el ámbito de la Organización Mundial del Trabajo para analizar los casos en los cuales una actividad puede o debe considerarse “esencial”, admite que un servicio no esencial en sentido estricto, de repente puede convertirse en servicio esencial "... si la huelga que repercute en el mismo dura más de un cierto período o adquiere tal dimensión que pueden correr peligro la salud, la seguridad o la vida de la población... Con el fin de evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades [pueden] establecer un régimen de servicio mínimo en (los)... que son de utilidad pública"³⁹⁹.

Asimismo, la Comisión de Expertos referida, también ha tenido en cuenta aspectos o circunstancias absolutamente ajenas al servicio mismo, en supuestos de "crisis nacional aguda" y se ha referido

³⁹⁸ *Ibid.*, página 1/2.

³⁹⁹ *Ibid.*, página 2.

por separado y con especial énfasis a los casos en que se trata de "servicios públicos de importancia trascendental para el país"⁴⁰⁰.

Ahora bien, centrando la atención en el tema de que pretende ocuparse éste estudio, es decir, las actividades sujetas a un régimen jurídico especial, su regulación y control, corresponde adelantar que en nuestro país la Constitución Nacional no contiene mayores especificaciones sobre los motivos y las formas que deben adoptarse y respetarse para "atribuir" a determinados servicios la calificación de "servicios públicos", lo cual es ciertamente inconveniente si tenemos en cuenta que la calificación de una actividad como tal provoca múltiples y graves efectos de naturaleza jurídica, económica y técnica, pero fundamentalmente atribuye al Estado su titularidad⁴⁰¹. Respecto de los "servicios esenciales" o, si se quiere, al carácter de "esencial" que se atribuye a determinadas actividades, nuestra Carta Fundamental no hace mención alguna.

Por el contrario, el término sí es utilizado en el derecho constitucional comparado, como es el caso concreto de la Constitución española⁴⁰². Al respecto, cuando ésta última Carta Fundamental referi-

⁴⁰⁰ *Ibid.*, página 2.

⁴⁰¹ Nos referimos al artículo 42° de la Constitución Nacional, el cual, como si el de "servicio público" fuera un concepto de significados y alcances aceptados con unanimidad y exento de debates académicos y de contradicciones normativas y jurisprudenciales, se refiere directamente a la obligación del Estado de asegurar "servicios públicos" eficientes y de calidad. Sobre esta cláusula constitucional volvemos más adelante y profundizamos sobre sus distintos aspectos.

⁴⁰² Cfr. Artículo 28.2 de la C.E.: "Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad". Por su parte, dispone el artículo 57.2 del mismo cuerpo normativo que "Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad". Finalmente, el artículo 128.2 establece que "Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiese el interés general".

da hace mención de los servicios esenciales lo realiza bajo tratamiento del “derecho de huelga”⁴⁰³, de las medidas de fuerza que pudiera adoptar el sector empresarial⁴⁰⁴ y de la facultad que se reserva el sector público de establecer una excepción al principio de la “iniciativa privada en la actividad económica” mediante la reserva legal para dicho sector de determinados recursos o servicios, cuando estos fueran esenciales⁴⁰⁵.

En nuestra legislación, la utilización más acorde - a nuestro criterio por lo ordenada y verdaderamente útil - del término “servicios esenciales”, se encuentra sin dudas en la normativa referida ya, y que fuera dictada como reglamentación del derecho de huelga⁴⁰⁶. Concretamente, hoy rige la Ley Nacional 25.877⁴⁰⁷ y el Decreto Na-

⁴⁰³ Vid. Artículos 28.2 y 57.2.

⁴⁰⁴ Cfr. Artículo 57.2.

⁴⁰⁵ Vid. Artículo 128.2.

⁴⁰⁶ El Profesor CASSAGNE es, al menos en la doctrina nacional, quién ha estudiado con mayor profundidad el concepto de “servicio esencial”, incluso con obras bibliográficas publicadas en el extranjero, opinando también sobre el modo en que se vinculan los servicios esenciales con los denominados servicios públicos (ver y confrontar en *La huelga en los servicios esenciales*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, *passim*).

⁴⁰⁷ Norma sancionada el 2 de marzo de 2004 y promulgada el día 18 del mismo mes y año y que establece el “Ordenamiento del Régimen Laboral”, disponiendo lo siguiente respecto del tema que nos ocupa: “Capítulo III Conflictos Colectivos de Trabajo ARTICULO 24. – Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo. Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. b) Cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización In-

cional 272/06, reglamentario del artículo 24° de la ley mencionada en último término⁴⁰⁸.

La primera de las normas referidas dispone que en caso de producirse un conflicto de trabajo, la parte del conflicto que decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa, cuando las mismas se adopten en el marco de actividades que puedan ser consideradas como “servicios esenciales”, está obligada a garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

La misma Ley considera o califica como “esenciales” los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo, aún cuando se ocupa de aclarar - ¿oscurecer? - que, otras actividades no comprendidas entre las expresamente conceptuadas como “servicios esenciales”, pueden ser calificadas excepcionalmente como tales por una comisión independiente previa apertura del procedimiento de conciliación⁴⁰⁹.

Los casos en los cuales la misma norma admite la posibilidad de que la mencionada comisión independiente califique - excepcionalmente - como “esencial” una actividad no incluida expresamente son, básicamente, dos, a saber: i.- cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población y; ii.- cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

ternacional del Trabajo. El PODER EJECUTIVO NACIONAL con la intervención del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL y previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo dentro del plazo de NOVENTA (90) días, conforme los principios de la Organización Internacional del Trabajo".

⁴⁰⁸ Ver al respecto Boletín Oficial del 13 de marzo de 2006.

⁴⁰⁹ Ver al respecto Ley 25.877, artículo 24°, párrafos primero, segundo y tercero.

En primer lugar, la norma admite la existencia de actividades que sin ser – en principio – esenciales, pueden adquirir “esencialidad” en determinadas circunstancias, es decir, que de no ser prestadas, o no ser prestadas debidamente, durante un tiempo determinado “ponen en peligro valores fundamentales como la vida, la salud y la seguridad”⁴¹⁰.

En segundo lugar, en el supuesto b) del artículo 24° referido, de la Ley 25.877, se mencionan los servicios públicos de “importancia trascendental” como supuestos entre los cuales la Comisión puede considerar que, excepcionalmente, una eventual “huelga” de trabajadores, es susceptible de producir perjuicios y por tanto debe mantener prestaciones mínimas.

En el segundo supuesto del párrafo anterior queda en claro que, para el legislador, “servicios públicos” y “servicios esenciales” son dos conceptos jurídicos absolutamente autónomos y se ratifica, además, lo que ya se había expresado, es decir, que no todas las actividades que normalmente son incluidas bajo el concepto de “servicio público” están amparadas, al menos “ab initio”, por la Ley, sino, específicamente los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Por otra parte, y respecto de esto último, es importante advertir sobre las inexactas y confusas denominaciones utilizadas en la enumeración que la Ley realiza de las actividades que deben considerarse “servicios esenciales”, pues al introducirse el legislador en una materia sumamente compleja y sin contar con el asesoramiento correspondiente, comete errores tan groseros desde el punto de vista jurídico como cuestionables en la práctica diaria.

Esto sucede, por ejemplo, cuando se incluye la producción y distribución de agua potable pero no la captación, potabilización y

⁴¹⁰ En doctrina se ha interpretado como posible de incluir bajo este concepto a la actividad de los bancos públicos y privados (*vid.* Jorge O. BATISTA, “Luces y sombras del decreto 272/06”, *Digesto Jurídico*, junio – 7 - de 2006, página 445).

transporte de la misma, también cuando se deja sin mención al transporte público de pasajeros y cuando se refiere a “cosas” como la energía eléctrica y el gas, pero como si fueran “actividades”⁴¹¹. Todo esto, no pasa sólo por un cuestionamiento teórico sino como una advertencia de los obstáculos que puede encontrar el administrador de turno al momento de aplicar en cada caso concreto la norma bajo análisis.

Para un mejor desarrollo del tema conviene primeramente enumerar a continuación las conclusiones que, según lo expuesto y analizado hasta aquí, corresponde extraer de la normativa mencionada en último término, a saber:

i.- en primer lugar, se advierte con énfasis sobre la ausencia de una definición estricta respecto de los servicios esenciales, aún cuando podría decirse que, conforme su texto, así se conceptúan aquellas actividades de cuya falta de continuidad pudiere derivarse un peligro para la vida, la seguridad o la salud de todo o parte de la comunidad⁴¹²;

ii.- en segundo término, se destaca también que no es necesario ni interesa a tal calificación el número de personas cuyos derechos se verían en peligro⁴¹³ y;

iii.- finalmente, como se adelantara más arriba, y sin perjuicio de avanzar luego específicamente sobre el tema, del tratamiento normativo surge claramente que, a criterio del legislador, no todas las actividades declaradas servicios públicos poseen la características de esenciales, ni todas las actividades con esta característica son servicios públicos⁴¹⁴.

⁴¹¹ En todo caso, el legislador debió referirse a las “actividades” de generación o de transporte o de distribución de la energía eléctrica y gas natural.

⁴¹² Es lo que en definitiva marca el inciso a) del Artículo 24° de la Ley 25.877.

⁴¹³ Así lo entendemos de la lectura del mismo artículo 24°, inciso a), “in fine” de la Ley 25.877.

⁴¹⁴ Establece el inciso b) del artículo 24° que “Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio

Esta última reflexión, basada en el texto legal y no ya, solamente, en disquisiciones teóricas, aparece como fundamental, pues corresponde dejar debidamente sentado que, en nuestro derecho, no todo servicio público es un servicio esencial o, dicho de otro modo, que la nota de la “esencialidad” respecto de las necesidades que satisface una actividad determinada no es imprescindible para determinar la existencia de un servicio público o para que dicha actividad sea calificada como un “servicio público”.

Sin embargo, y aún con este interrogante respondido, todavía la cuestión no está absolutamente dilucidada, pues se hace sumamente necesario investigar respecto de un segundo aspecto de igual importancia, es decir, si todo servicio esencial es un servicio público.

La jurisprudencia española desde siempre destacó la importancia que tiene para un servicio recibir el mote de “esencial”, pues ello, en un caso concreto que mereció el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sumado a que ese servicio era recibido por toda la comunidad, provocó que el derecho a su recepción fuera preeminente y prioritario a los derechos vigentes en cabeza de sectores determinados⁴¹⁵.

Ahora bien, concomitantemente surge el interrogante respecto del verdadero origen o fundamento de ese “derecho preeminente y prioritario”, pues es importante determinar con certeza si lo que provoca su nacimiento - y lo justifica en su permanencia - es el número de destinatarios del servicio o su esencialidad. Paulatinamente, el Tribunal Constitucional Español tuvo oportunidad de debatir sobre éste último aspecto y fue construyendo a través de distintos pronunciamientos una importante jurisprudencia donde precisa mayormente el concepto.

esencial..., b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo”.

⁴¹⁵ El Tribunal Constitucional Español sentenciaba así el 8 de abril de 1981 (ver STC 11/1981 citada en ALVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público...*, página 165).

En éste último sentido, se expresa que la esencialidad de un servicio se vincula con los bienes e intereses que se van a satisfacer con su prestación y no con el carácter necesario de las prestaciones y/o su conexión con atenciones vitales⁴¹⁶. De manera que las notas especiales no tenderán a proteger el servicio en sí, sino que utilizarán a este como instrumento para mantener derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos⁴¹⁷.

“Para que el servicio sea esencial – pronuncia el Tribunal que venimos estudiando - deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”⁴¹⁸.

De este modo, el Tribunal Constitucional español nos aporta una respuesta legalmente válida y razonable al primer interrogante que nos planteáramos, en el sentido que no todo servicio esencial debe inevitablemente ser un servicio público, pues habrá servicios cuya titularidad no pertenezca al Estado y que, sin embargo, estarán estrechamente vinculados al mantenimiento de derechos fundamentales, de las libertades públicas y de bienes constitucionalmente protegidos⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Es decir que un servicio es esencial, no por la naturaleza de la actividad que se despliega sino por el resultado que con dicha actividad se pretende (STC 53/1986, del 5 de mayo citada en ALVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público...*, página 165).

⁴¹⁷ Expresa ALVAREZ GARCÍA que “al caracterizarse a estos servicios no de manera sustantiva, sino en atención al resultado por ellos perseguido, la consecuencia es que, a priori, no existe ningún tipo de actividad productora que, por sí, pueda ser considerada como esencial. Sólo lo serán aquellas que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad que los satisfagan” (ver y ampliar con seguro provecho en *El concepto de necesidad en Derecho Público...*, página 190 y ss., con especial atención a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 51/1986, allí citada).

⁴¹⁸ Así se expresa el Tribunal Constitucional Español en sentencia 26/1981 (ver y ampliar en CASSAGNE, *La huelga en los servicios esenciales...*, página 54/55).

⁴¹⁹ En la doctrina especializada lo expresado en el texto ha sido advertido y expresado acudiendo al sentido común, así, se ha dicho que “son fácilmente ima-

En tal sentido, al desarrollar una opinión sobre el tema, el Profesor CASSAGNE comienza negando que las relaciones entre el servicio público y el servicio esencial sean de género a especie, para agregar luego que estos conceptos operan en planos distintos pues la noción de servicio esencial incluye a los servicios públicos tradicionales, así como también a toda otra actividad, sea o no de titularidad estatal, que, en virtud de los efectos que provoca sobre la población u otras actividades, requiera de una protección especial⁴²⁰.

Al respecto, en la doctrina española pueden encontrarse opiniones contrapuestas entre BLASCO ESTEVE⁴²¹ y MARTIN RETORTILLO⁴²². Sin perjuicio de evitar un desarrollo demasiado meticuloso sobre el tema, en honor a la brevedad, respecto de las valiosas opiniones emitidas por estos autores, es atinado destacar que, para el primero de ellos, un servicio público puede ser o no esencial, según la conexión que tenga con los derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos, pues si bien el hecho de estar teñidos de interés social les “confiere una cierta presunción favorable a la esencialidad de los mismos ... ello no significa que sean por sí mismos y necesariamente servicios esenciales”⁴²³.

ginables ciertas actividades de titularidad privada, gestionadas enteramente por particulares, y que a pesar de todo son esenciales... el abastecimiento de bienes de primera necesidad es... esencial para la vida ordenada de la comunidad” (ver ALVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público...*, página 190).

⁴²⁰ Cfr. CASSAGNE, *La huelga en los servicios esenciales...*, página 53.

⁴²¹ Vid. BLASCO ESTEVE, A., “La huelga de los funcionarios públicos”, *Estudios sobre la Constitución española*, t. III, Civitas 1991, citado en ALVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público...*, página 190 y ss.

⁴²² Vid. S. MARTIN - RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, tomo I, Editorial La Ley, 1988, página 253 y ss.

⁴²³ Ver al respecto “La huelga de los funcionarios públicos...”, citado en ALVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público...*, página 192.

Por el contrario, para RETORTILLO BAQUER, el segundo de los autores mencionados, todos los servicios públicos deben considerarse también servicios esenciales a la comunidad⁴²⁴.

Ahora bien, efectuado este repaso de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, en primer término, es procedente coincidir en que no todo servicio esencial es a su vez servicio público, pues ya se ha expresado que el servicio público es una técnica de regulación que se aplica legalmente sobre determinada actividad, a los efectos de asegurar un mejor control y regulación de la misma por parte del Estado.

Ahora bien, aún cuando la calificación legal de “servicio público” tiene por objeto principal aquellas actividades que tienden a satisfacer necesidades básicas de la población, puede ocurrir que existan actividades destinadas a cubrir dichas necesidades y que no tengan la calificación legal de “servicio público”, sea porque no existen motivos económicos, notas de monopolio u otras fallas del mercado, que pongan en riesgo cierto algún aspecto de su prestación y justifiquen por ello darles un tratamiento especial, o sea por un simple descuido legislativo.

No obstante, corresponde advertir y agregar que *“toda actividad calificada como servicio público o sujeta a un régimen especial de servicio público, es un servicio esencial”*, pues, tomando los parámetros aportados por el Superior Tribunal Español en los fallos citados⁴²⁵, los intereses y bienes que tiende a cubrir y satisfacer en sus necesidades los denominados servicios públicos, constituyen derechos fundamentales y se hayan constitucionalmente protegidos.

⁴²⁴ Vid. MARTIN - RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico...*, tomo I, página 253.

⁴²⁵ Es muy clara la posición del Tribunal referido en el texto cuando expresa que “Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos” (ver y ampliar en ALVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público...*, página 165).

En efecto, es importante reiterar lo que ya se había adelantado al analizar y adherir a la postura de CASSAGNE, en el sentido de que el servicio público responde a las características de esencialidad, pues siempre de su correcta y regular prestación dependerá la subsistencia e integridad de bienes y derechos protegidos por la Constitución Nacional⁴²⁶.

Lo estudiado hasta aquí tiene el sentido de realizar una conexión entre la esencialidad del servicio y la esencialidad de las necesidades que con él se satisfacen. De tal modo, volviendo entonces a lo que realmente interesa a este estudio, es decir al estudio de la nota de “esenciales” con que se califica a las necesidades que cubren las actividades declaradas servicios públicos, corresponde adherirse a la doctrina que sustenta y justifica tal calificación en la naturaleza y características de los derechos y bienes cuyo ejercicio y protección se asegura mediante la plena satisfacción de esas necesidades.

f) Bien común y desarrollo socio - económico

Respecto del concepto de Bien Común oportunamente ha sido descrito en este estudio como un estado de cosas, “reunión de condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos⁴²⁷” o “conjunto de condiciones de la vida social⁴²⁸”.

Pues bien, a ese estado de cosas que sirve para el desarrollo de las cualidades, oficios y deberes de la persona⁴²⁹, para el más comple-

⁴²⁶ Salud, seguridad, intereses económicos, etc. (ver al respecto CASSAGNE, *La huelga en los servicios esenciales...*, *passim*).

⁴²⁷ Ver y ampliar en SARMIENTO GARCIA, *Derecho Público...*, páginas 38/39. También puede remitirse el lector, en general y en idéntico sentido al indicado más arriba, a la *Carta Encíclica Rerum Novarum* (Leon XIII, 1891) y *Carta Encíclica Mater Et Magistra* (Juan XXIII, 1961).

⁴²⁸ Vid. Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II “*Gaudium et spes*” (1965) y *Carta Encíclica Mater Et Magistra* (Juan XXIII, 1961).

⁴²⁹ Los términos pertenecen a una parte del extraordinario y profundo contenido del mensaje de Navidad que pronunciara para el mundo, en 1942, Pío XII,

to y rápido perfeccionamiento de los hombres⁴³⁰ y para lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección⁴³¹, se llega, entre otros medios, a través de los denominados “servicios públicos”, en la medida que las actividades así calificadas legalmente se desarrollen en condiciones de eficiencia y con determinados niveles de calidad.

Primeramente corresponde advertir que cuando se hace referencia al “desarrollo socio-económico”, se lo hace en contraposición a al término “crecimiento socio-económico”, pues el segundo tiene características exclusivamente cuantitativas mientras el primero incluye además el aspecto cualitativo⁴³². Asimismo, se ha definido al desarrollo como un proceso de incremento persistente, dinámico e innovativo, siendo sus elementos la elevación constante de los ingresos “per cápita”, el alto nivel ocupacional, balanza comercial favorable, etc.

Como se verá en detalle más adelante, al estudiar las externalidades del servicio público y la incidencia del mismo sobre factores sociales y económicos, la prestación eficiente – regular, continua, general y equitativa - de actividades tales como el servicio de agua potable, de saneamiento básico, de energía eléctrica y gas natural, de transporte y las telecomunicaciones, contribuyen al desarrollo sostenido, reduciendo costos, favoreciendo la expansión productiva, acelerando los procesos de producción, resguardando el ambiente y los recursos naturales, etc.

se sugiere con provecho para el lector la lectura completa y sus comentarios en SARMIENTO GARCIA, *Derecho Público...*, página 39.

⁴³⁰ Así surge, a nuestro criterio, de la valiosa doctrina escrita en la *Carta Encíclica Mater Et Magistra* (Juan XXIII, 1961).

⁴³¹ Esta es una de las conclusiones que, a nuestro criterio, pueden derivarse de la *Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II “Gaudium et spes”* (1965).

⁴³² Cfr. De la Vega, *Diccionario Consultor Político...*, Libro Rojo, páginas 138/39.

g) Obligatoriedad

La obligatoriedad es la nota distintiva del servicio público. Constituye, más que un elemento del mismo, una nota esencial y determinante de sus características principales⁴³³. Así es como, cuando se destaca la “obligatoriedad” como nota esencial del servicio público, se hace referencia tanto al deber inexcusable que tiene el Estado de asegurar su efectiva prestación – mediante la selección de las personas aptas para realizar la misma – como al deber que tales personas privadas tienen de realizar todo lo necesario para que el servicio que se presta responda a las características de igualdad, regularidad, uniformidad y continuidad.

Ahora bien, en ambos casos, la nota de la obligatoriedad exige de los responsables la formulación de planes adecuados que aseguren dentro de un plazo razonable llegar con servicio de idéntica calidad a todos los habitantes, así como también les requiere prever los medios alternativos a utilizar provisoriamente para que, hasta tanto esos planes de expansión se concreten, tales “usuarios potenciales” puedan acceder al menos en condiciones mínimas a los servicios básicos y que hacen a su subsistencia.

5. LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ESTADO ARGENTINO EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

A partir de los primeros años de la década del 90, operó en la Argentina una progresiva transformación institucional, jurídica y so-

⁴³³ En la doctrina, algunos autores incluyen la obligatoriedad como un elemento más (cfr. SARMIENTO GARCIA, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual...*, página 14 y ss.) y otros la destacan como nota distintiva (cfr. MATA, “Notión actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)...”, página 28) o como causa determinante del sometimiento al derecho administrativo – público – en lo referente a todas las relaciones jurídicas derivadas de la prestación misma (esta última es la opinión de CASSAGNE, en *La regulación económica. Estudio Preliminar...*, página 25).

cial sobre las actividades que se calificaron aquí como sujetas a un régimen jurídico especial de servicio público.

La mencionada transformación comenzó con el dictado de normativas, específicas y multi - temáticas, para cada servicio público en particular, las que recibirían la denominación de “marcos regulatorios”, y se integrarían con leyes y normas complementarias de origen reglamentarias⁴³⁴.

Desde un punto de vista sumamente amplio - en definitiva el que aquí se adopta como válido -, podríamos decir que los “marcos regulatorios” continuaron desarrollándose paulatinamente a partir del expreso mandato constitucional incorporado con la reforma de 1994⁴³⁵, el cual ordena que las autoridades provean a la eficiencia de los servicios públicos, a la información del usuario, a la protección de su seguridad, salud e interés económico y al establecimiento de controles adecuados que satisfagan la necesaria participación de asociaciones de usuarios y de las provincias en su ejercicio.

⁴³⁴ Estrictamente, si nos remitimos a los textos normativos, la “autodenominación” como “marco regulatorio”, se refiere sólo a las leyes dictadas al efecto, excluyendo por lo tanto todas las normas posteriores dictadas para su aclaración, complemento o aplicación, las cuales, incluso, se remiten a las leyes respectivas atribuyéndoles el mote de “marco regulatorio”. A nuestro criterio, y así lo hemos expuesto anteriormente, el concepto “marco regulatorio” no debe reservarse solamente para la ley que en cada caso se ocupe de la normación inicial sino que debe adoptarse como un instituto del derecho, complejo y dinámico, encontrándose constituido por una parte dogmática - integrada por los principios generales establecidos en la Constitución Nacional y en las leyes primarias - y otra orgánica que contiene el cúmulo de decretos, resoluciones, contratos y órdenes dictadas en ejercicio de la función materialmente administrativa, legislativa y jurisdiccional del Poder Ejecutivo y de los entes regulatorios, que comienzan con las convocatorias o llamados a licitación para concesionar o licenciar determinado servicio público, continúan con la aprobación de los contratos o títulos habilitantes y se va desarrollando indefinidamente día a día a medida que la búsqueda de una mayor eficiencia en los servicios así lo requiera (*vid.* NALLAR, *El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público...*, *passim.* y especialmente Capítulos III, IV y V.).

⁴³⁵ Ver al respecto Constitución Nacional, artículo 42°.

En el marco de la nueva cláusula constitucional nace un expreso deber del Estado respecto de los servicios públicos esenciales, más allá de la modalidad de prestación que se utilice, es decir, sea que se trate de una prestación directa del Estado mediante estructuras públicas estatales o sea que se utilice un modo de prestación indirecta, a través de títulos habilitantes otorgados a empresas privadas bajo determinadas condiciones económicas, societarias, jurídicas y técnicas.

En la trama de ésta compleja cláusula constitucional, es posible encontrar expresamente determinados una importante serie de derechos y obligaciones encomendadas a las autoridades públicas, involucrando en su desarrollo a los tres poderes del Estado. A los efectos de un estudio más ordenado, y porque no, de su sistematización, se mencionan a continuación los derechos, al mismo tiempo deberes y obligaciones, que surgen del artículo 42° de la Constitución Nacional.

- a) Deber de defender la competencia y controlar, en su caso, los monopolios legales y naturales

Si bien existe un expreso marco jurídico de defensa de la competencia en nuestro país⁴³⁶ y quién debe verificar en cada caso el cumplimiento de la normativa citada es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, específicamente respecto de los servicios de generación, transporte y distribución de energía eléctrica⁴³⁷ y los

⁴³⁶ Véase al respecto la Ley Nacional 25.156 (de defensa de la competencia), publicada el 20 de setiembre de 1999, Decreto Nacional (reglamentario de la ley citada) N° 89 del 30 de enero de 2001 y Decreto Nacional N° 396 del 5 de abril de 2001 (modificatorio y complementario).

⁴³⁷ Conforme la Ley Nacional 24.065, la generación de energía eléctrica no es una actividad calificada como “servicio público” sino de “interés público”, mientras que el transporte y distribución de energía eléctrica sí está calificada por la misma Ley como “servicio público” (véase, en general, las disposiciones del Capítulo I).

servicios de generación, transporte y distribución de gas natural⁴³⁸, en los respectivos marcos regulatorios se han previsto normas respecto de la defensa de la competencia en dichos mercados.

Por otra parte, desde el punto de vista orgánico e institucional, los mencionados “marcos regulatorios” le atribuyen a los entes reguladores (en el caso E.N.R.E. y E.Na.R.Gas) determinadas competencias en ésta materia y obligaciones específicas que involucran el control de los monopolios, la detección y sanción de acciones que impliquen “abuso de posición” dominante en el mercado” y la creación y fomento de condiciones de competencia.

Similares normas fueron incluidas en los marcos regulatorios de los servicios de telecomunicaciones y de provisión de agua potable y desagües cloacales, no obstante lo cual, y en perjuicio o detrimento del fomento y defensa de la competencia, en el ámbito del transporte y distribución de energía eléctrica y de gas natural, así como también respecto del suministro de agua potable y alcantarillado cloacal para poblaciones urbanas, se advierten actividades con un fuerte contenido monopólico, tan natural como inevitable.

Esta última circunstancia no debe pasar inadvertida, pues de por sí dificulta la aplicación de los criterios básicos establecidos en la Ley de defensa de la competencia y exige del organismo regulatorio correspondiente una actividad extraordinaria que excede el mero contralor del cumplimiento de las pautas legales y demanda una actitud preactiva, especialmente si se tiene en cuenta que, de algún modo, la normativa de defensa de la competencia y las respectivas “autoridades” que se ocupan de su aplicación existen para “evitar” que las leyes del mercado y la libre competencia sean anuladas o atenuadas por algunos de los actores del mercado en beneficio propio.

Por el contrario la normativa de los servicios públicos esenciales y su autoridad de aplicación – entes reguladores – existen para

⁴³⁸ En éste caso, la Ley Nacional 24.076 declara como actividad de interés público a la generación de gas natural y como “servicio público” al transporte y distribución del mismo producto (cfr. Capítulo I).

generar competencia en un mercado monopolístico y para atenuar los efectos del monopolio cuando aquella no sea posible. Por otra parte, teniendo en cuenta la estricta relación entre los servicios calificados legalmente como “públicos” y la satisfacción de necesidades esenciales de la población, no basta con detectar violaciones a la normativa vigente en la materia y aplicar sanciones, sino que adquiere importancia la acción netamente preventiva.

Ello exige la pro actividad regulatoria, que incentiva al prestador a asumir actitudes y conductas acordes con los criterios de un buen hombre de negocios, especialmente teniendo en cuenta la estrecha vinculación de las actividades a su cargo y elementales pautas de bienestar, seguridad, salud pública y desarrollo económico y tecnológico.

Como se dijera en doctrina, frente a monopolios legales o naturales en la prestación de servicios públicos esenciales la entidad reguladora debe simular la competencia que no existe, mediante el dictado de actos que incentiven al prestador a comportarse como lo haría si tuviera en frente a un competidor dispuesto a “capturar” sus clientes mediante un servicio mejor o más económico⁴³⁹.

b) Deber de proveer a la calidad y eficiencia de los servicios

“Proveer” implica “tener pronta o dispuestas las cosas necesarias para un fin” o “suministrar lo necesario o conveniente para un fin”⁴⁴⁰.

A nuestro entender el texto Constitucional requiere mayor claridad a los efectos de conocer los alcances de las obligaciones – y res-

⁴³⁹ Respecto de la teoría que adopta la regulación de los monopolios como una actividad orientada a “simular” la competencia inexistente mediante medidas artificiales, y sobre sus alcances, limitaciones y condiciones, sugerimos con provecho la lectura de John VICKERS y George YARROW, *An Economic Analysis*, The MIT Press. Cambridge, Massachusetts, 1988, *passim*.

⁴⁴⁰ Ver al respecto *Diccionario Enciclopédico SALVAT*, Salvat Editores S.A., Madrid 1997.

ponsabilidades - asumidas por el Estado respecto de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, especialmente cuando se opta por un modelo de prestación indirecta, es decir, a través de terceras personas, sean privadas o públicas no estatales.

En el marco de un sistema de prestación indirecta las obligaciones que el Estado asume y que deben cumplirse acabadamente a los efectos de no incumplir el mandato constitucional, son básicamente las siguientes:

i. Establecer un orden jurídico integrado por normas de distinta jerarquía donde se especifiquen los principios y las reglas a respetar y hacer respetar en cada servicio.

ii. Asegurar una selección transparente y especializada del prestador del servicio, que exija condiciones mínimas de solvencia moral, económica, jurídica y técnica.

iii. Constituir instituciones de contralor y regulación de los servicios, asegurándoles condiciones mínimas de independencia funcional, capacitación y acceso a la información necesaria sobre los servicios a su cargo.

iv. Establecer procedimientos ágiles y eficaces para el tratamiento de los reclamos de los usuarios, instituyendo plazos para su tratamiento y respuesta, condiciones de las respuestas a dar a los usuarios, penalidades ante el incumplimiento de los plazos u otras modalidades predeterminadas y recursos disponibles para solicitar la intervención de tribunales administrativos y judiciales frente a la eventual disconformidad con la respuesta dada por el prestador.

La obligación de proveer a la calidad y eficiencia de los servicios encomendada al Estado Nacional por la Constitución de la Nación Argentina constituye una cláusula “guía” que permite en primer lugar admitir dos sistemas posibles de prestación para los servicios públicos, a saber: directo - a través de instituciones públicas estatales

- o indirecto - a través de terceros, sean estas personas privadas o personas públicas no estatales ⁴⁴¹.

Sin perjuicio de ello, oportunamente se analizaron las distintas posturas, con sus respectivos fundamentos, ventajas y desventajas, concluyéndose en el sentido de que la prestación directa de los servicios públicos esenciales es una alternativa sólo viable constitucionalmente si tiene carácter transitorio y hasta tanto sea posible la prestación indirecta ⁴⁴².

En segundo lugar, esta obligación es la cláusula “gatillo” que dispara una serie de obligaciones y deberes en el Estado, generadoras de responsabilidad pública de tipo contractual y extracontractual, por actividad lícita o ilícita, por actividad legislativa, jurisdiccional o administrativa y finalmente por acción y omisión. Al respecto, la cuestión no es de menor importancia por sus consecuencias jurídicas y económicas o presupuestarias, y conforme las implicancias de la obligación de “proveer a la calidad y eficiencia de los servicios” que son analizadas detenidamente a lo largo de este estudio, el deber de responder, a cargo del Estado, por incumplimiento de sus deberes constitucionales, podría configurarse en los siguientes casos:

i. cuando el prestador de un servicio público, en cumplimiento de la normativa dictada por el Estado, produce daños a terceros - responsabilidad por actividad legislativa -;

ii. cuando la falta de tratamiento o el tratamiento normativo confuso e incompleto de determinados temas es fuente de daños en las cosas o las personas;

⁴⁴¹ Sobre la distinción entre las personas públicas y privadas y entre personas públicas estatales y no estatales, las notas distintivas de cada caso y las características básicas, recomendamos, con seguro provecho, CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo I, página 101 y ss.

⁴⁴² Ver y ampliar en NALLAR, *El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público...*, Capítulos II y III. También sugerimos la lectura, reflexiva y cuidadosa, sobre la necesidad de definir y fundar debidamente una modalidad determinada de prestación para los “servicios públicos”, lo cual es tratado extensa y fundadamente en CASSAGNE, *La regulación económica. Estudio Preliminar...*, *passim*.

iii. cuando la ausencia de procedimientos adecuados y de instituciones que se ocupen de su aplicación, es causa inicial de eventuales demoras dañosas en la resolución de conflictos entre prestadores y entre éstos y los usuarios actuales y potenciales;

iv. la inexistencia de control - o la ineficiencia del mismo - sobre acciones u omisiones del prestador que ocasiona daños e terceros;

v. también cuando se comprobare, ante una concesión o licencia fracasada o ante un prestador inoperante, que el mismo no reunía la aptitud técnica y económica requerida para la prestación eficiente del servicio, para la concreción de las obras necesarias y comprometidas o para alcanzar los niveles de calidad predeterminados como imprescindibles. En este caso la responsabilidad surge desde el momento del otorgamiento del título habilitante.

c) Deber de proveer a la constitución de asociaciones de usuarios

En este caso corresponde al Estado establecer los instrumentos normativos e institucionales necesarios para que todo usuario, por sí o a través de asociaciones con otros usuarios, pueda acceder cuando lo desee a la información suficiente y verdadera, interponer acciones y recursos con actos y hechos de los prestadores y del Estado y participar en los debates e intercambio de opiniones previos a la toma de decisiones que pudieran afectarlo.

La labor del Estado será - teniendo en cuenta las características del deber encomendado - fundamentalmente normativa, es decir, estableciendo un régimen jurídico claro y suficiente sobre el registro de las asociaciones de usuarios, reglas para su constitución y funcionamiento, niveles de participación, deberes de las instituciones públicas y de los prestadores privados para con estas asociaciones, legitimación procesal y acceso a la información, entre otras actividades.

Luego, obviamente, deberá verificarse e instruirse para que cada funcionario y cada institución o persona privada, obligada por la Constitución en virtud de sus vínculos con la planificación, control,

regulación y prestación de un determinado servicio público, conozca sus obligaciones para con las asociaciones de usuarios y respete estrictamente sus derechos.

- d) Deber de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos

En primer lugar corresponde hacer extensivo a éste punto lo analizado y opinado respecto del deber del Estado de defender la competencia, controlar los monopolios legales y naturales y proveer a la calidad y eficiencia de los servicios. En efecto, es esencial a este estudio remarcar que el “deber de proveer a la calidad y eficiencia de los servicios” constituye, en la práctica, un objetivo final cuya consecución será posible mediante la utilización de los “instrumentos” que el mismo artículo 42º menciona.

En tal sentido, el objetivo “calidad y eficiencia” podrá cumplirse en la medida que se apliquen acertadamente los medios instrumentales mencionados en la misma Constitución, a saber: dictado de los marcos regulatorios, creación y aplicación de procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, defensa de la competencia y control de los monopolios.

Es procedente entender, decididamente, a la calidad y eficiencia de los servicios como el gran fin del Estado en materia de servicios públicos - no como un mero deber constitucional -, y a partir de tal concepción se debe situar a dicho fin como el objetivo final de la regulación estatal sobre los servicios. Ni la planificación, ni el control y regulación, ni, incluso, la prestación y operación misma del “servicio” pueden orientarse legítimamente hacia otro objetivo que no sea “favorecer la calidad y eficiencia”.

De manera que, el organismo a cargo de la regulación tiene un objetivo esencial, como es el de proveer a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, siendo el ejercicio de cualquier competencia o atribución expresa o implícitamente otorgada por las leyes de su

creación, un medio e instrumento del que puede y debe hacer uso la institución de control y regulación para cumplir aquel fin.

En éste marco, la intención de la cláusula constitucional que se analiza ahora es crear un medio instrumental más para proveer a la eficiencia y calidad de los servicios, procurando, en este caso, evitar la anarquía procedimental y procesal que existía al momento de elaborarse los marcos regulatorios de la década del 90.

Esta circunstancia afectaba especialmente al usuario de los servicios cuando pretendía discutir un cargo dudoso en la facturación, un supuesto exceso de consumo – que derivaba en un monto mayor a pagar – sin que haya existido circunstancia alguna que hiciera razonable esperar tal exceso o cuando el usuario pretendía un trato equitativo frente a servicios ineficientes – cortes, baja presión o variaciones de tensión. Igualmente éste tipo de procedimientos debe preverse frente a eventuales daños en propiedad de los usuarios, cuando los mismos son consecuencia de una deficiente prestación del servicio⁴⁴³.

Sin embargo, a pesar del expreso mandato constitucional, es tan notorio como perjudicial que no están correctamente definidas hoy en la legislación vigente – ni tampoco en la jurisprudencia – cuestiones de fondo y de forma que hacen a la esencia de la labor preventiva ante eventuales conflictos.

Estas indefiniciones o carencias impiden establecer procedimientos ágiles y transparentes para la resolución de los numerosos y complejos conflictos, y, al respecto, los aspectos de la materia que exigen una rápida determinación son los siguientes:

i. La naturaleza jurídica de los entes reguladores de servicios públicos.

Si bien éste aspecto se encuentra debidamente aclarado en las normas integrantes del marco regulatorio, la interpretación de que fueron objeto dichos cuerpos normativos tanto desde la jurispuden-

⁴⁴³ Generalmente derivados de subas repentinas de tensión en el servicio eléctrico que provoca daños en electrodomésticos.

cia como de sectores políticos y doctrinarios ha generado un enorme marco de confusión. Así es como en los ámbitos mencionados se ha calificado a los entes regulatorios, indistintamente, como organismos autárquicos⁴⁴⁴, tribunales administrativos⁴⁴⁵ o meros órganos de contralor que deben abstenerse de emitir normas reglamentarias⁴⁴⁶.

ii. Si el procedimiento para los reclamos indemnizatorios por daños y perjuicios derivados directa o indirectamente de la defectuosa prestación de un servicio público debe ser iniciado, desarrollado y resuelto en el ámbito de los entes reguladores o si deben ser resueltos directamente ante tribunales judiciales⁴⁴⁷.

iii. Cuales son las reglas formales y procedimentales que deben aplicarse en sede administrativa para el trámite y resolución de controversias.

iv. Cuales son los criterios diferenciadores entre aquellas controversias “derivadas del servicio” – cuya resolución se encontraría a cargo del sujeto regulador – y las que deberían ser resueltas directamente por tribunales judiciales.

v. Además, según sea la naturaleza jurídica que finalmente se atribuya a los entes reguladores, deberán definirse otros aspectos

⁴⁴⁴ Cfr. COMADIRA, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al E.N.R.E., E.Na.R.Gas, ETOSS y CNT)...”, páginas 217 a 250.

⁴⁴⁵ Hemos realizado ya un completo análisis de los pronunciamientos judiciales más trascendentes sobre el tema y mas adelante analizamos otra jurisprudencia vinculada.

⁴⁴⁶ Esta parece ser la tendencia que impulsa en sus últimos estudios el Profesor Cassagne (ver y ampliar en “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores” (a propósito del caso “Angel Estrada”)..., *passim*).

⁴⁴⁷ El tema se encuentra íntimamente vinculado con el objeto principal de nuestro estudio, no obstante ello, y lo que se desarrollará más adelante, sería seguramente provechoso para el lector introducirse sobre la problemática en general y sobre los casos prácticos que convierten la materia en una cuestión jurídica bajo debate permanente en nuestro trabajo “El alcance de las competencias de los entes regulatorios (con especial referencia a la función jurisdiccional)”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 44, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2003, *passim*.

como la participación que les cabe a los mismos durante el proceso judicial y el carácter de dicha participación⁴⁴⁸.

e) Deber de dictar marcos regulatorios

Esta genérica obligación, si bien aparece en la Constitución cuando ya se habían dictado los primeros marcos regulatorios para los servicios públicos de transporte y distribución de energía eléctrica⁴⁴⁹, transporte y distribución de gas natural⁴⁵⁰, captación, potabilización, transporte y distribución de agua potable y suministro de desagües cloacales⁴⁵¹ y para los servicios de telecomunicaciones⁴⁵², es de suma importancia para el presente y, fundamentalmente, el futuro de los servicios públicos en la Argentina⁴⁵³.

En efecto, se considera que la falta de marcos regulatorios constituidos por principios generales y reglas específicas para cada servicio y aspecto de las prestaciones, es el más perjudicial de los errores cometidos durante muchas décadas en nuestro país. Sin dudas, la ausencia de tales marcos normativos generó los atrasos tecnológicos, el freno de las expansiones, la ausencia casi absoluta de inversiones, de planificación y de respeto por los derechos de los prestadores y de los usuarios.

⁴⁴⁸ Sin perjuicio de que el lector encontrará este punto tratado con detenimiento y profundidad más adelante, sugerimos la lectura de AGUILAR VALDEZ, "El acto administrativo regulatorio...", *passim*.

⁴⁴⁹ Vid. Ley Nacional 24.065, sus normas modificatorias, reglamentarias y complementarias.

⁴⁵⁰ Ver al respecto Ley Nacional 24.076, sus normas modificatorias, reglamentarias y complementarias.

⁴⁵¹ Decreto 999/92, normas modificatorias, reglamentarias y complementarias.

⁴⁵² Decreto 1185/92 y demás normas modificatorias, reglamentarias y complementarias.

⁴⁵³ Podría incluirse también, entre los "servicios públicos" el transporte público de pasajeros, el cual, por su diversidad es objeto de múltiples reglamentaciones.

Y, sin dudas también, corresponde destacar que dicha “falta” o “ausencia” es la causa principal de la decadencia que sufrió nuestro país, porque un país con servicios públicos de baja calidad y de precaria infraestructura social nunca podrá alcanzar niveles óptimos de desarrollo económico, nunca podrá ofrecer expectativas de éxito para las industrias y nunca alcanzará a satisfacer las necesidades esenciales de sus habitantes. La ausencia de marcos regulatorios dio lugar a las mayores arbitrariedades y la imposibilidad de dictar verdaderas políticas de Estado en la materia.

Por este motivo, se dedicará una parte importante de éste estudio a construir una noción del denominado “marco regulatorio”, para mostrar su importancia y trascendencia, pero, fundamentalmente, para generar verdadera conciencia de que cualquiera sea la modalidad de prestación y sea la naturaleza del prestador pública o privada, el dictado y el respeto por los marcos regulatorios constituye afortunadamente, desde 1994, una obligación constitucional.

- f) Deber de prever la participación de asociaciones de usuarios y de las provincias en los organismos de control

Respecto de este “novedoso” y “controvertido” mandato constitucional, cuyo contenido parece acercarse mas, técnicamente hablando, a una norma reglamentaria que a una cláusula de la Carta Fundacional, no corresponde extenderse demasiado, aunque sí corresponde advertir los “organismos de control” son en realidad “entes reguladores”, cuyas decisiones no sólo son fruto de la especialización y la independencia sino fundamentalmente de la imparcialidad.

De esta última cualidad, justamente, carecen las “asociaciones de usuarios” por razones obvias. Sin perjuicio de ello, nada obsta a la participación de tales asociaciones a través de mecanismos – proce-

dimientos y formas - predeterminadas, como se analizará fundadamente más adelante⁴⁵⁴.

Respecto de la participación de las provincias, es una buena forma de fortalecer el federalismo, aunque corresponde insistir en que los integrantes de los “directorios” de los entes reguladores deben ser seleccionados de acuerdo a criterios técnicos y objetivos, pues no se trata de “corporaciones de intereses” sino de organismos especializados. Las provincias deben asegurar su participación al momento de definir las obras de infraestructura y expansiones del sistema⁴⁵⁵.

g) Deberes que surgen directa o indirectamente de los ya enunciados

Complementariamente, pero no por ello menos importante, a la luz de los derechos creados a favor de los usuarios en la misma cláusula constitucional y de lo expuesto en los puntos 1.- a 5.- anteriores, anotamos también las siguientes obligaciones encomendadas al Estado:

i. Deber de asegurar la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de la población que pudieran ser afectados por la prestación de un servicio público esencial.

ii. Deber de asegurar al usuario de los servicios una información adecuada y veraz.

iii. Deber de asegurar a la población usuaria la libertad de elección.

iv. Deber de asegurar condiciones de trato equitativo y digno a los usuarios.

⁴⁵⁴ Por ejemplo a través de audiencias públicas, procedimientos de consulta, planes de acción específicos, etc.

⁴⁵⁵ Ver y ampliar sobre el tema desarrollado en este título en Daniel M. NALLAR, *El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico de la transformación del Estado, las privatizaciones y los entes regulatorios...*, capítulos VII y VIII.

6. FUNCIÓN Y MISIÓN DE LA NOCIÓN OPERATIVA DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL REFERENCIADO.

Para una lectura más fluida y conceptualmente abarcadora, al comenzar el presente Capítulo se realizó una advertencia respecto del término “servicio público”, en la cual se destacaba con especial énfasis las múltiples variaciones y debates a que el mismo se expuso durante su devenir histórico. La polémica producida se extendió no solo respecto de su significado sino fundamentalmente respecto de las consecuencias jurídicas de tal conceptualización.

Pero especialmente, y sin perjuicio de manifestar el profundo respeto y reconocimiento que merecen las corrientes doctrinarias que participaron activamente en dicho desarrollo a través de los tiempos, desde aquí se pretende impulsar un “nuevo concepto del servicio público”⁴⁵⁶. En este nuevo “concepto”, este trascendental instituto de nuestro derecho no aparece ya como una actividad o sector, sino como un régimen jurídico especial que recae sobre determinados aspectos de una actividad o sector. Ello en atención a su estricta vinculación con la satisfacción de necesidades esenciales de la población⁴⁵⁷ y con una intensidad y duración que varía según las necesidades que en cada caso se demuestren.

⁴⁵⁶ Expuesto fundamentalmente en CASSAGNE y ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, *passim.*, sin perjuicio de otros autores cuyos valiosos aportes han sido analizados en éste estudio y que, con el debido respeto, nos atrevemos a ubicar en lo que consideramos “la cuarta postura” esgrimida respecto de la noción de “servicio público” y sus implicancias económicas, jurídicas, sociales y políticas.

⁴⁵⁷ En la presente investigación, nos referimos esencialmente al servicio de transporte público de pasajeros, a las concesiones de servicios con objetos diversos en las rutas y caminos, el transporte y distribución de electricidad, el suministro de agua potable a poblaciones, la provisión de desagües cloacales, el transporte y distribución de gas natural, los correos y las telecomunicaciones. Sin perjuicio de ello, al momento de profundizar sobre aspectos institucionales de la función reguladora del Estado centramos el análisis en el transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural.

Se impulsa ahora un concepto mucho más operativo y económico del servicio público, tendiente a asegurar su eficiencia y operatividad mediante un trabajo conjunto entre el Estado y el sector privado. Así es como, el servicio público como “técnica” o “régimen” regulador (no ya como actividad), es un instrumento de vital importancia para el correcto desarrollo y crecimiento de los estados, así como también, obviamente, para la satisfacción, a través de la actividad afectada, de todo lo atinente al bienestar general.

Con esta idea del “servicio público”, que a primera vista puede aparecer un tanto utilitarista, quedan atrás los debates ideológicos a los que fuera sometido durante tanto tiempo y adquiere una importancia esencial y estratégica el análisis, para su valoración o desvaloración como instituto jurídico, de los resultados positivos o negativos que tal concepto provoca en su producto final.

El debate, entonces, se orientara a las formas y procedimientos que deben utilizarse para el tratamiento de las actividades vinculadas con la satisfacción de necesidades esenciales de la población, en la doctrina tradicional los “servicios públicos”, así como también respecto de sus alcances prácticos y al modo de asegurar la expansión ordenada y proporcionada de sus beneficios, con el absoluto convencimiento de que su práctica continua y ordenada permitirá satisfacer las necesidades más elementales del ser humano⁴⁵⁸.

Corresponde destacar también las externalidades positivas y negativas de las actividades bajo estudio, en la medida que constituyen instrumentos de satisfacción de otras necesidades que, sin recibir el calificativo de “básicas”, se conectan estrechamente con el progreso, el trabajo digno y la calidad de vida, todo lo cual posibilita y asegura el progreso y el desarrollo sustentable.

Bajo el activo y operativo concepto del servicio público como “técnica de regulación” se encuadran actividades y aspectos de ellas,

⁴⁵⁸ Entre las cuales, a título enunciativo, cabe mencionar las necesidades “básicas” que hacen a la vida, la integridad física, la seguridad, la higiene y salubridad, la protección ambiental y el envío y recepción de datos e información.

que, sin perjuicio de tener sus propios fines, fundamentalmente constituyen “medios instrumentales” al servicio del bien común.

Se trata de actividades que, no obstante su naturaleza económica, actúan como instrumentos de satisfacción del interés público, herramientas para el progreso del hombre y el desarrollo social, pues ninguna nación o región podrá desarrollarse sostenidamente en la medida que no planifique, estructure y suministre a sus habitantes servicios básicos eficientes.

Por cada ser humano que debe resignarse a la pobreza y la mediocridad, aún disponiendo de las virtudes y actitudes requeridas para el éxito, existe un Gobierno que no supo asegurarle las condiciones para que construya su felicidad⁴⁵⁹. Pues bien, a los efectos de la brevedad y simplicidad exigida, debemos destacar al respecto que la actividad regulatoria del Estado a través del régimen del servicio público, procura que dichas actividades cumplan con eficiencia su naturaleza instrumental, para una mejor satisfacción del interés público.

7. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. NUEVOS MARCOS NORMATIVOS. REGULACIÓN Y CONTROL

Las actividades tendientes a satisfacer necesidades básicas de la población, respecto de las cuales se viene construyendo o desarrollando en este trabajo una noción de servicio público, admitiéndolo sólo como una técnica de regulación y, además, respecto de las cuales también se intenta definir cómo y quién debe hacerse cargo de su prestación, en Argentina han sido y son objeto de manipulación política y “moneda de cambio” de intereses partidarios.

⁴⁵⁹ "La primer incumbencia del Estado es, pues, la de garantizar esa seguridad, de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto, se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente... supone una seguridad que garantiza la libertad individual y la propiedad, además de un sistema monetario estable y servicios públicos eficientes" (cfr. *Carta Encíclica Centesimus Annus* (Juan Pablo II, 1991).

Por ello, si bien al momento de este trabajo, y en un importante porcentaje⁴⁶⁰ son prestados por personas jurídicas privadas, se advierte una definida tendencia en los últimos años a “estatizar” tales prestaciones⁴⁶¹, sea a través de la asunción de las mismas por parte del Estado o de sutiles y estratégicas “intervenciones” del mismo en aspectos que deberían dejarse a exclusivo criterio del prestador privado.

No obstante ello, cuando se trata de personas jurídicas privadas, las mismas actúan bajo el título de “concesionarios”, “licenciarios” o “permisionarios” y son en todos los casos autorizados a funcionar por el Estado sin renunciar éste - en algunos casos expresamente - a su titularidad.

Asimismo, los títulos habilitantes fueron acompañados por numerosas normas y principios que imponen deberes y establecen en muchos casos, casi taxativamente, cómo deben actuar las empresas.

⁴⁶⁰ Argentina atraviesa desde el año 2001 una fuerte tendencia estatizante respecto de los servicios públicos, tanto nacionales como provinciales. En efecto, contrariamente a lo sucedido durante la última década del Siglo XX, factores ideológicos en la mayoría de los casos y factores políticos en otros, dieron lugar a la rescisión de numerosos contratos de concesión y de licencia y la consecuente asunción por parte de empresas estatales, nacionales y provinciales de la prestación de los servicios. Los tiempos en que nos toca efectuar éste estudio impiden, por razones de prudencia, hacer referencias concretas o citar casos específicos, no obstante lo cual destacamos la reasunción por parte del Estado Nacional del servicio de suministro de agua potable y desagües cloacales en el área comprendida por Ciudad de Buenos Aires y numerosos partidos de la Provincia de Buenos Aires. Lo mismo sucede desde hace varios años atrás con el idéntico servicio en la Provincia de Tucumán y tanto Córdoba como Santa Fe afrontan complejos procesos de estatización, aunque, en estos dos últimos casos, la intención de ambos estados provinciales parece ser la de mantener el servicio a cargo de una persona privada, para lo cual negocian la transferencia de los paquetes accionarios de los actuales prestadores privados a otros de idéntica naturaleza.

⁴⁶¹ Al respecto puede consultarse el excelente trabajo de Ismael MATA, “La reforma del Estado y el regreso al Estado empresario”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, 2007 - II, Número Especial, Fascículo 8, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 23 de mayo de 2007, páginas 3 a 10.

Todo lo cual se agrega a los extensos “marcos regulatorios” aprobados mediante leyes y reglamentados por decretos.

Cabe aclarar que, de algún modo, la “titularidad estatal” sobre los servicios, por sí misma no genera ni justifica ningún tipo de responsabilidad por las acciones u omisiones del prestador de turno⁴⁶². Sin embargo, el dictado de marcos regulatorios constituye una importante fuente de responsabilidad del Estado sin perjuicio de que según la naturaleza del hecho la misma podría ser primaria, secundaria, subsidiaria del prestador o solidariamente con éste.

También es importante tener en cuenta aquí, el trabajado concepto del “marco regulatorio”⁴⁶³ que se expone “in extenso” más adelante, cuyas características esenciales son la amplitud, flexibilidad y mutabilidad permanente.

En dicha concepción del término, es oportuno adelantar, se considera que integran el “marco regulatorio” de un servicio público, todas aquellas normas constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales, las cuales, a su vez, se hayan sujetas a un desarrollo paulatino e ininterrumpido, sea a través del dictado de normas legales o reglamentarias, de adecuaciones contractuales o de normas emitidas por el sujeto regulador, dentro de sus competencias y bajo un importante ambiente de diálogo y consenso con todas las partes interesadas, pero especialmente con el prestador.

Corresponde agregar también que la inserción de la técnica contractual, especialmente mediante el otorgamiento de “concesiones” y “licencias” para la operación de actividades calificadas como servicios públicos, a provisto flexibilidad a las relaciones jurídicas

⁴⁶² Al respecto, sugerimos ampliar con la lectura de BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I, páginas 208 y ss. y también, del mismo autor ver “La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control”, *Revista Jurídica La Ley 2000-D*, 534.

⁴⁶³ Cfr. NALLAR, *El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico de la transformación del Estado, las privatizaciones y los entes regulatorios...*, página 48 y ss.

que emanan de las mismas, al tiempo que restó unilateralidad - en un afortunado detrimento de las arbitrariedades del Estado - a las decisiones que se adoptan respecto de servicios que por su propia naturaleza se encuentran sumamente expuestos a variables jurídicas, sociales, políticas y económicas.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el Estado se ha reservado potestades de regulación y de control sobre tales servicios, lo cual incluye el dictado de normas reglamentarias, la resolución de conflictos entre empresas y usuarios, la aplicación de sanciones, la realización de análisis ambientales y de calidad sobre los productos que se brindan a la población y el control de obras y tarifas, entre otras acciones.

Las mencionadas potestades de regulación y control se justifican, cabe insistir en este aspecto, desde que el desarrollo de las actividades sometidas a un régimen de servicio público implica, en mayor o menor medida, un importante grado de afectación sobre valores fundamentales como la vida, la salud, la integridad física y psíquica y la dignidad humana, a lo cual se agrega que sólo con regímenes de servicios públicos eficientes, regulares y continuos podría hacerse realidad el bienestar económico y social.

En definitiva, aún en el marco de actividades encomendadas a personas privadas, la titularidad que el Estado conserva, el dictado de los marcos regulatorios como mandato constitucional, la inserción de la técnica contractual en la naturaleza de las concesiones otorgadas y la potestad de regulación y control encomendada a los entes regulatorios, constituyen pilares de un sistema que tiene al Estado como protagonista, pero conjuntamente con los prestatarios y los usuarios, de manera que se trata de un régimen respetuoso de la igualdad, los derechos adquiridos y las decisiones consensuadas⁴⁶⁴.

En lo que resta de este estudio e investigación, se trabajará sobre los aspectos remarcados con insistencia en éste título, es decir, el

⁴⁶⁴ Ampliar, con seguro provecho, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, *passim*.

régimen de servicio público como técnica regulatoria de actividades destinadas a satisfacer necesidades básicas de la población, acen- tuando o especificando la atención y opinión en los organismos ad- ministrativos creados especialmente para aplicar dicha técnica, sus funciones y fines, el ejercicio de las potestades que les han sido atri- buidas y la naturaleza que corresponde imputar a los mismos.

De manera especial interesa construir una teoría de la regula- ción, que aporte seguridad jurídica y perspectiva económica a las ac- tividades sujetas al régimen de servicio público, en la confianza que dicha seguridad y perspectiva constituyen el punto de partida, los cimientos si se quiere, del desarrollo político, social, económico y, fundamentalmente, humano.

CAPÍTULO V
HACIA UNA TEORÍA DE LA REGULACIÓN
DE LAS ACTIVIDADES SUJETAS A UN
RÉGIMEN ESPECIAL DE SERVICIO PÚBLICO

1. BREVE NOTA INTRODUCTORIA

Como se destacara oportunamente, en este mismo trabajo, es de vital importancia el ordenamiento jurídico construido en Argentina, respecto de los servicios públicos esenciales, durante la década del noventa - a través de leyes, decretos, resoluciones y, porqué no, también de los pliegos de bases y condiciones, que acompañarán hasta su finalización los contratos de concesión y de licencia suscritos⁴⁶⁵, y los contratos mismos -.

⁴⁶⁵ Aprobados en todos los casos mediante decretos o resoluciones y denominados indistintamente como “reglamentos” o actos administrativos generales, los pliegos de bases y condiciones aparecen como un instrumento fundamental. Lejos de “terminar su labor” o “agotar su utilidad” al momento de la suscripción del contrato, el pliego de bases y condiciones mantiene su vigencia en plenitud hasta la finalización del contrato al que a “servido”, es, durante la ejecución del mismo, uno de los principales instrumentos de interpretación respecto de los alcances y los límites de los derechos y deberes de las partes contratantes. La doctrina aún debate sobre su naturaleza jurídica, pero, aún cuando se lo identifique con algunas de las formas de manifestación de la voluntad estatal reconocidas, lo cierto es que presenta características más cercanas a la naturaleza contractual que reglamentaria. En tal sentido, mencionamos la concurrencia de por lo menos dos voluntades como requerimiento indispensable para su operatividad en la práctica, la aceptación expresa de su contenido como requerimiento para los potenciales

Este ordenamiento prácticamente “fundacional”, ha permitido establecer las bases normativas sobre las cuales construir servicios que cumplan acabadamente los principios de regularidad y generalidad, asegurando condiciones de equidad y universalidad⁴⁶⁶.

En un segundo orden, se expresó también más arriba y en estudios anteriores⁴⁶⁷, la necesidad e importancia de coadyuvar al fortalecimiento institucional de los entes reguladores y al respeto por su independencia e integración con personas especializadas⁴⁶⁸, siempre teniendo en cuenta y advirtiendo sobre la incidencia estratégica que tiene la labor diaria de estas instituciones sobre la calidad y eficiencia del servicio final, la seguridad jurídica y las cuantiosas inversiones

oferentes y la posibilidad cierta de realizar y solicitar aclaraciones, modificaciones, agregados y supresiones sobre su texto durante el proceso de selección.

⁴⁶⁶ Ver y ampliar en NALLAR, *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público...*, página 48, donde expresáramos que “... en tal sentido, uno de los primeros pasos fue el dictado - mediante leyes y/o decretos - de verdaderos marcos jurídicos y económicos que reglamentaron como nunca se había realizado, las condiciones de prestación de los denominados servicios públicos y, casi paralelamente, esa reglamentación fue complementada e integrada por el contenido de los títulos habilitantes emitidos a favor de personas privadas, para que, según cada caso concreto, estas procedan a la gestión de los servicios, realización de las infraestructuras necesarias, obras de expansión, facturación y cobranza de tarifas previamente aprobadas. Son dos los aspectos más importantes de la transformación operada sobre los servicios públicos en la Argentina, a saber...: el establecimiento de condiciones particulares para su prestación, que involucra aspectos económicos, normas de calidad, atención de los usuarios, solicitudes de suministro, infraestructuras; y ... en su prestación, “... repliegue estatal que se traduce en el abandono de la gestión directa...” y “...aparición de la competencia como fundamento de la eficiencia con base en la ideología de la libertad de mercado abandono...” (con cita en el texto original de CASSAGNE, *La regulación económica. Estudio preliminar...*, página 7).

⁴⁶⁷ Ver NALLAR, *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público...*, Capítulo VIII.

⁴⁶⁸ Aspectos destacados especialmente por MATA, “Una visión sesgada de la regulación”..., *passim*.

necesarias, tanto para la expansión de la infraestructura como para las actualizaciones e innovaciones tecnológicas⁴⁶⁹.

Finalmente, y en un tercer orden, se ha intentado fundar especialmente las ventajosas consecuencias sobre el servicio que produce el enaltecimiento de la figura del contrato de concesión o licencia, en el convencimiento de que ello contribuye a una relación más estable y duradera entre el Estado “titular” y el privado “prestador” – Concedente y Concesionario en definitiva -, con todo lo que ello significa para los referidos avances tecnológicos y expansión de la infraestructura, que sólo pueden conseguirse con el aporte privado⁴⁷⁰.

En este sentido, se sugiere con frecuencia e insistencia, en foros académicos, abandonar antiguos preconceptos que tienden a degradar el acuerdo contractual y a interpretar de manera “restrictiva” los “derechos adquiridos” por los concesionarios y licenciatarios privados, advirtiendo siempre que las actitudes demagógicas, sea que provengan de cualquiera de los tres poderes del Estado, terminan impactando negativamente sobre la intensidad de las inversiones y pone freno a las imprescindibles mejoras en la calidad técnica y comercial del servicio público.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, también es fundamental aceptar que aún subsiste la imperiosa necesidad de construir una teoría de la regulación en nuestro país, pues sólo ello permitirá generar un ámbito de seguridad jurídica mínimo, que responda adecuadamente a las exigencias básicas de un

⁴⁶⁹ Ver al respecto Daniel NALLAR, “La regulación económica del servicio público como factor de seguridad jurídica”, en *Desafíos de la Regulación, Jurisprudencia Argentina, Año 2006 – III, Número Especial*, página 39.

⁴⁷⁰ “Los países de América Latina y el Caribe necesitan incrementar la inversión en infraestructura de transporte, telecomunicaciones, energía eléctrica, distribución de gas natural, suministro de agua potable y alcantarillado cloacal. Pero dicha inversión no sólo permitirá llegar con servicios a sectores no abastecidos, con las implicancias positivas en materia de salud y seguridad, sino que también coadyuvará a revertir la desigualdad y mejorar el crecimiento de ingresos per cápita” (cfr. NALLAR, “La regulación económica del servicio público como factor de seguridad jurídica...”, página 39).

Estado de Derecho⁴⁷¹. La elaboración de dicha teoría, permitiría forjar principios básicos e inmutables, aplicables a todas las relaciones jurídicas derivadas de los servicios públicos, cualquiera sea el organismo a cargo de ejercer la función regulatoria y cualquiera sea el contexto dentro del cual se ejerce.

Sin embargo, siempre opinando en el ámbito de los servicios públicos esenciales, advertimos que el nutrido debate suscitado acerca de la naturaleza jurídica de los entes reguladores creados en la década del noventa, a limitado y postergado mayoritariamente - aunque no excluyentemente - los estudios e investigaciones sobre la regulación pública en nuestro país, impidiendo, de ese modo, la construcción de una verdadera y completa doctrina sobre su significado, sus alcances y límites, sus aspectos y elementos esenciales y, especialmente, sobre sus notas distintivas cuando tal función se aplica o

⁴⁷¹ Ciertamente, el alcance de los perjuicios provocados sobre actividades tan vinculadas con la vida, la salud y la seguridad por el intervencionismo estatal “sufrido” durante décadas en nuestro país, es muy difícil de medir. A poco que se transitan los caminos de tales actividades y se estudia la situación institucional y estructural de las mismas, se descubre lo devastadora y ruinosa que fue esa experiencia para la Argentina y sus habitantes. Pero sin dudas, uno de los perjuicios más grandes derivan de la inexistencia de un Estado de Derecho, al menos respecto de los servicios públicos, y de la carencia absoluta de regulación y control. Explica al respecto Cassagne, distinguiendo lo sucedido en Europa e Hispanoamérica con lo sucedido en Estados Unidos de Norteamérica, que en éste último país no hubo una ola de nacionalizaciones para mitigar la grave crisis económica de 1929, sino la creación de algunas empresas estatales cuya función era “estabilizar la economía y conceder préstamos a diversas categorías de personas físicas y jurídicas...”, incluso anota el autor que algunas de ellas se disolvieron inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. Por el contrario, en gran parte de los países europeos e hispanoamericanos, la actuación del Estado, lejos de “... limitarse a la adopción de medidas de regulación económica, se originó una fuerte ola de nacionalizaciones de la que recién nos estamos reponiendo. Esa ola ahogó las iniciativas privadas barriendo las estructuras e instituciones que encontró a su paso, diseñadas para sistemas tanto de gestión privada como de propiedad privada una recuperar... ¿Qué sentido tendrían en este esquema la potestad regulatoria y los órganos reguladores?” (cfr. Juan Carlos CASSAGNE, “Seguridad jurídica en los servicios públicos privatizados. Bases para una renegociación de los contratos”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, página 53).

ejerce sobre actividades tendientes a satisfacer necesidades esenciales de la población⁴⁷².

En efecto, sin dejar de reconocer y destacar la importancia de la labor doctrinaria en la materia, especialmente teniendo en cuenta lo novedoso del tema⁴⁷³, lo cierto es que, a excepción de algunas obras específicas, en nuestro país las opiniones doctrinarias sobre el alcance de las competencias asignadas al Estado en el ejercicio de la función reguladora, la naturaleza jurídica de esta función y su distinción respecto de las demás funciones tradicionales del Estado, se encuentran íntimamente vinculadas con la concepción que cada autor tiene sobre los entes reguladores, cuando en realidad, lo primordial e imprescindible es construir el concepto y los alcances de la función

⁴⁷² Sin desconocer o subestimar los importantes trabajos doctrinarios realizados por la doctrina especializada, debemos aceptar que, siendo numerosos los estudios y las opiniones emitidas respecto de los entes reguladores, no es frecuente encontrar verdaderos estudios sobre el concepto de regulación. De los existentes, destacamos entre otros, CASSAGNE, *Intervención Administrativa...*, *passim*; CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, página 78; MATA, "Panorama del Control sobre los Entes Reguladores...", *passim* y "Una visión sesgada de la regulación...", *passim*; BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I, *passim* y SARMIENTO GARCIA, *Concesión de Servicios Públicos*, *passim*.

⁴⁷³ El deterioro de los servicios públicos, las profundas ineficiencias y el defectuoso estado de las instalaciones para las prestaciones, además de las limitaciones cualitativas y cuantitativas de la infraestructura social, luego de varias décadas de prestación estatal, obligó hacia fines de la década del '80 y principios de la década del '90, a un acelerado proceso de cambios y transformaciones que incluyó las transferencias de las prestaciones al sector privado, el dictado de normativas básicas y la creación de entes reguladores. Nada de esto había sucedido nunca en nuestro país, sin perjuicio de algunas lejanas experiencias similares producidas en otro contexto político, económico y social (sobre tales experiencias ver Alberto B. BIANCHI, "¿Qué son los ente reguladores? Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico", *Revista Jurídica El Derecho Suplemento Administrativo*, 30 de marzo de 2000). De manera que, no sólo desde el punto de vista normativo y jurisprudencial hubo que construir un sistema y luego aplicarlo e interpretarlo para cada caso concreto, sino que también la doctrina, especialmente la administrativa, comenzó a recorrer un largo camino hacia la elaboración de los principios fundamentales, su adecuación a la realidad de nuestros servicios y la puesta en marcha de las instituciones creadas.

reguladora, “mas allá” y “sin perjuicio” de los detalles que pueden debatirse respecto de los entes reguladores⁴⁷⁴.

En efecto, estos últimos, no obstante y sin perjuicio de reconocer su innegable utilidad para ordenar el ámbito de actuación a dichos organismos, no alcanza para esclarecer el alcance de sus competencias y la naturaleza de sus potestades, ni para sentar solventemente su naturaleza jurídica y el rol que los mismos deben cumplir respecto de los servicios públicos.

Asimismo, y desafortunadamente, los efectos negativos del limitado trabajo doctrinario sobre el ejercicio de la regulación pública – estatal - sobre los servicios públicos, se agrava por la inexistencia de pronunciamientos judiciales uniformes, contribuyendo esto a la concepción de una jurisprudencia pobre e incluso contradictoria, como se estudia y fundamenta más adelante⁴⁷⁵.

Por todo ello, es fundamental tener en cuenta que la transformación operada sobre los servicios públicos implica un cambio que implanta sus raíces en las entrañas mismas del Estado. Indaga e innova sobre su filosofía, arremete sobre sus formas, sobre sus deberes y obligaciones y, obviamente sobre sus potestades. Y esto es así por dos motivos.

En primer lugar porque tratar sobre los servicios públicos esenciales, es tratar sobre las actividades que, prácticamente, justifican la

⁴⁷⁴ Es fundamental tener en cuenta que los entes reguladores constituyen instituciones públicas estatales creadas a los efectos de cumplir un fin público mediante el dictado de actos públicos estatales. Lo más importante de esta expresión es que existe un “fin público” que debe ser cumplido. Lo demás, es decir, el instrumento que el Estado utiliza para hacerlo – entes reguladores – y la características que conviene atribuir a dichos “instrumentos”, forma parte de otra opción. Pero lo realmente importante es que el Estado “debe” definir los medios y las formas para controlar y regular las prestaciones o las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población

⁴⁷⁵ Sin perjuicio de profundizar en el Capítulo correspondiente sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debemos tener en cuenta las conclusiones a que arribamos más arriba al analizar los distintos fallos dictados en los casos “Litoral Gas” y “Ángel Estrada”.

existencia misma del Estado, en la medida que su correcta prestación hace a la satisfacción de las necesidades más elementales del ser humano.

En segundo lugar, porque respecto de dichas actividades esenciales, y a partir de la transformación, el Estado debió convertirse en “controlador” y “regulador” luego de haber sido “prestador” durante muchas décadas. Y esto no es tarea sencilla ni fácil de aplicar en la práctica, pues implica el fin del Estado intervencionista y el nacimiento del Estado subsidiario⁴⁷⁶. Se trata de una transformación en el rol del Estado⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ “La filosofía que preside las grandes transformaciones que caracterizan a este proceso – explica el Profesor CASSAGNE - se apoya, básicamente, en el principio de subsidiariedad o suplencia... A partir del proceso de transformación del Estado, en un marco ideológico que tiende a reducir la categoría del servicio público a los servicios esenciales o primordiales, se observa, de una parte, el repliegue del Estado que se traduce en el abandono de la gestión directa y, de otra, la aparición de la competencia como fundamento de la eficiencia con base en la ideología de la libertad de mercado, actuando los derechos fundamentales como límites naturales que acotan el alcance de la institución...” (Vid. Juan Carlos CASSAGNE, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, Capítulo II, página 51 y 57. Ver también MATA, “Noción actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)...”, *passim*).

⁴⁷⁷ En doctrina se ha expresado con suficiente claridad que “A raíz del proceso de transformación del Estado, la regulación económica asume un papel de gran trascendencia en el plano de las relaciones que vinculan tanto al Estado con los distintos actores del mercado prestador de servicios como a las empresas concesionarias o licenciatarias con sus clientes. Es indudable que la privatización ha sido la causa principal de este fenómeno pero también es cierto que la operación privatizadora no resuelve, en si misma, toda la compleja problemática que actualmente se plantea en los planos jurídico, económico y hasta político. Es tan solo su punto de partida. Y en medio de este escenario, donde nuevos marcos legales y reglamentarios introducen grandes innovaciones sobre los esquemas tradicionales del derecho administrativo y hasta se discute acerca de la supervivencia del servicio público como institución jurídica apta para regir este proceso, aparecen los entes reguladores, cuya función básica y esencial consiste en actuar como factores de equilibrio recomposición de los diferentes intereses en juego, sin perjuicio de la posibilidad de que los afectados por sus decisiones promuevan el control judicial en defensa de sus derechos. El sistema que rigió en Argentina desde 1946 hasta

2. ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA ACTIVIDAD REGULADORA DEL ESTADO SOBRE LAS ACTIVIDADES SUJETAS A UN RÉGIMEN DE SERVICIO PÚBLICO

Para comprender debidamente los planteamientos, opiniones y conclusiones que aquí se exponen, aparece como fundamental ubicar el análisis debidamente. En éste sentido, corresponde una aclaración respecto de la materia sobre la cual calificamos como “amplias” o “restrictivas”, las posturas doctrinarias que se analizan en este Capítulo, pues más allá de lo que cada autor opine acerca de las competencias del Estado para ejercer la regulación, lo que específicamente interesa - y es utilizado aquí como factor de calificación - es la parte de la función reguladora del Estado, o el aspecto del ejercicio de dicha función, que se aplica sobre las actividades sujetas a un régimen especial de servicio público.

Todo ello, teniendo en cuenta que para ejercer dicha función regulatoria respecto de las actividades mencionadas, han sido creados los entes reguladores, organismos descentralizados que si bien no tienen el monopolio de la regulación sobre las actividades mencionadas, cumplen un rol fundamental, que ha sido en lo expresado hasta aquí, especialmente destacado.

Es decir, nos interesa remarcar que la construcción de una teoría de la regulación o la conceptualización de la función regulatoria del Estado, no puede realizarse con abstracción de la materia sobre la cual piensa ejercitarse. Y, en este sentido, corresponde dejar sentado que en el caso de éste estudio, y de la conceptualización que aquí se intenta, especialmente a partir de éste Capítulo, se refiere concreta-

1989 se caracterizó por la concentración de los poderes regulatorios en las propias empresas estatales prestatarias de esos servicios, sin dejar de reconocer un margen para el ejercicio del poder de policía por parte de los órganos de la Administración Central, margen que, en la práctica, no impidió los constantes desequilibrios financieros ni los abusos y arbitrariedades en que solían incurrir los funcionarios de turno” (cfr. Juan Carlos CASSAGNE, “El servicio público y las técnicas concesionales” en Revista Jurídica La Ley, 1995, C-1174).

mente al ejercicio de la función de regulación del Estado aplicada a los servicios públicos esenciales.

En otros términos, se pretende aquí realizar una advertencia sobre cómo y de qué manera las conclusiones de este trabajo tienen especialmente en cuenta la naturaleza de la actividad regulada – servicios públicos esenciales –, a tal punto que tales conclusiones no serían las mismas si se tratara del ejercicio de la función reguladora del Estado respecto de otras actividades que no hayan sido previamente calificadas como tales.

El objeto de este estudio, entonces, y de todo lo que aquí se dice, se refiere – tal como es posible concluir del análisis realizado en el Capítulo anterior –, a las actividades de naturaleza económica, cuya prestación es de carácter monopólico o con niveles de competencia restringidos y que se orientan a cubrir necesidades de la población, consideradas “básicas”, por lo cual se encuentran estrechamente vinculadas con la satisfacción del interés público.

Ahora bien, como la “satisfacción del interés público” es justamente el fin último del Estado y, como ese fin último se encuentra en riesgo de no poder satisfacerse o de satisfacerse deficientemente, por las características monopólicas o de competencia imperfecta o restringida que tales actividades tienen, el Estado se ve en la obligación de prever una situación jurídica diferenciada para tales actividades, lo cual se realiza mediante la sujeción de las mismas a un régimen especial, que, en modo alguno implica o requiere una intervención directa a través de empresas públicas a cargo de las prestaciones, sino un rol externo y de ordenación⁴⁷⁸. Pues bien, ese es el

⁴⁷⁸ Sobre la regulación “para la competencia” ver CASSAGNE, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa...”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, Capítulo II, página 78 y del mismo autor “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, *Revista Jurídica La Ley* 2002-B, 855. En el trabajo citado en último término, se expresa que “Con la apariencia de una paradoja puede advertirse que regulación y competencia se articulan de tal modo que el sentido que justifica la primera se encuentra en la segunda y viceversa, habida cuenta de que para defender la libre competencia en los distintos mer-

régimen al que corresponde identificar o denominar “de servicio público”⁴⁷⁹.

En este mismo sentido, es fundamental tener en cuenta que, aún cuando ciertas actividades sujetas a un régimen especial de servicio público no presentan estrictamente la nota del “monopolio”, en numerosos casos la existencia de niveles mínimos de competencia en un mercado no impiden definitivamente la práctica de actos anti-competitivos, “abusos de posición dominante” o cualquier tipo de ardid de naturaleza económica o jurídica, todo lo cual pone en riesgo la satisfacción del interés público⁴⁸⁰.

El sometimiento de determinada actividad a un régimen especial de servicio público, implica fundamentalmente la publicatio del mismo, es decir, la asunción de la titularidad de dicha actividad por parte del Estado⁴⁸¹, lo cual, corresponde insistir aún cuando parezca

cados -sean o no monopólicos- se acude a la técnica regulatoria, cuya intensidad disminuye cuanto más perfecta sea la competencia. En este aspecto, la regulación aparece siempre como una consecuencia del principio de subsidiariedad o de gestión privada con lo que resulta fácil entender cómo el Estado de nuestros días pasa de la desregulación a la regulación. Lo que desaparece es la regulación estatista que cercena y limita las actividades competitivas de los agentes del mercado y no la regulación para la competencia” (página 856).

⁴⁷⁹ Sobre la nueva noción del servicio público, como una técnica de regulación, nos hemos tomado el atrevimiento de reunir las opiniones de algunos autores y conformar una postura especial sobre la noción, a la cual denominamos “la cuarta postura” (ver citas y opiniones en el Capítulo que dedicamos a analizar la evolución histórica del concepto de servicio público y a esbozar un concepto propio).

⁴⁸⁰ Ver y ampliar en MATA, “Una visión sesgada de la regulación...”, *passim*.

⁴⁸¹ Sobre la publicatio son varios los autores nacionales que han ocupado buena parte de sus estudios en desentrañarla y explicarla. Por nuestra parte, sin temor a equivocarnos y con seguro provecho para el lector, nos atrevemos a recomendar de Juan Carlos CASSAGNE, “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, *Revista Jurídica La Ley 2002-B*, 855 y, del mismo autor, sugerimos ver también “Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual”, *Revista Jurídica La Ley 1994-D*, 948.

reiterativo, no significa en modo alguno que sea éste quien debe o puede asumir la prestación misma del servicio.

Del mismo modo, y en idéntico sentido, tampoco autoriza o justifica, la “publicatio”, la emisión de actos de cualquier naturaleza – legal, reglamentaria o individual – provenientes de instituciones estatales, ni la potestad para ejercer prerrogativas públicas en detrimento de la seguridad jurídica y la estabilidad económica de las prestaciones. La titularidad estatal sobre el servicio implican derechos y obligaciones en el Estado, y, especialmente los primeros, deben ejercerse sólo en los casos previstos por las normas, en las condiciones preestablecidas, a través de los procedimientos y formas vigentes y en base a criterios de justificación contundentes y explícitos⁴⁸².

En otros términos, la importancia y utilidad práctica de la publicatio radica esencialmente en instaurar una especie de “habilitación legal previa y conocida por los prestadores de turno”, permitiendo de ese modo la participación estatal a través de la función de contralor y de regulación, sin provocar inseguridad jurídica y sin desestabilizar las prestaciones.

Sirve, a todo evento, para impulsar una actitud más participativa y protagónica del Estado en las actividades involucradas, pero no justifica en modo alguno la asunción de su prestación por parte de éste, salvo, claro está, aquellos supuestos excepcionales en que no hubieren interesados, en el sector privado, para asumir su prestación⁴⁸³. No obstante ello, cabe aclarar que aún en éste último caso, la

⁴⁸² Cfr. CASSAGNE, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, Capítulo II, página 76.

⁴⁸³ A criterio de CASSAGNE, “El principio de la defensa de la competencia, que va de la mano con el de subsidiariedad, ha adquirido en Argentina status constitucional -al declararse interdicta cualquier forma de distorsionar los mercados- (art. 42, Constitución Nacional) e implica, como regla general, que prevalece la gestión privada de los servicios, justificándose la gestión estatal sólo en supuestos de ausencia de toda posibilidad de que los particulares operen empresas de servicios públicos” (“Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización...”, página 856).

prestación a cargo del Estado es transitoria y al sólo efecto de cubrir la ausencia de un prestador privado.

Ahora bien, y sin perjuicio de insistir en que la sujeción de una actividad a un régimen especial de servicio público implica la titularidad del Estado pero no significa la atribución al mismo del ejercicio de potestades exorbitantes. Por el contrario, el Estado, por ser “titular” del servicio y responsable constitucionalmente de asegurar su eficiencia y calidad, está obligado a respetar las condiciones normativas preexistentes y consensuar con el o los prestatarios eventuales modificaciones o adecuaciones en las mismas⁴⁸⁴.

Sin embargo, el hecho de la publicatio, sin dudas coloca la actividad afectada en condiciones especiales respecto de otras actividades que no son de titularidad estatal. Tales condiciones especiales se manifiestan de tres maneras básicas, a saber:

a) Potestad de reglamentación

En primer lugar, la publicatio autoriza al Estado, como titular, al dictado de las normas legales y reglamentarias mediante las cuales se disponen los principios jurídicos y las demás reglas, que, con un mayor o menor grado de especificidad, establecen las condiciones jurídicas, económicas y técnicas que básicamente rigen las prestaciones. Esto, que en nuestro orden jurídico y en la doctrina mayoritaria se ha denominado “marco regulatorio” de la actividad⁴⁸⁵, son las re-

⁴⁸⁴ Vid. Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Centro de Estudios sobre la Regulación Económica de la Universidad Austral, página 67.

⁴⁸⁵ Expresa el Profesor CASSAGNE al respecto que “... sin dejar de reconocer la relatividad que entraña toda sistematización, los marcos regulatorios de los servicios públicos han enfocado la respectiva ordenación sectorial en los siguientes aspectos: A) fijación de los objetivos de política general que no son otros que los fines que persiguen los marcos regulatorios de cada sector; B) ordenación de los requisitos subjetivos inherentes a las empresas que prestan el servicio o actividad (aquí la regulación define quiénes son los sujetos que llevan a cabo las distintas actividades ~ V.gr. producción, transporte, distribución-, hallándose regulados la

glas que tanto el Estado como el prestador privado deben respetar estrictamente y que sólo pueden modificarse con el consentimiento de ambas partes⁴⁸⁶.

No obstante ello, tanto la Constitución Nacional, como las leyes y sus reglamentaciones, forman parte de las condiciones que el Estado expone cuando invita a realizar ofertas para “otorgar” determinada Concesión. Ya entonces sector público y privado se comprometen a respetar la totalidad de las normas que componen dicho “cuerpo normativo” expresado en el “Contrato”.

mayor parte de los requisitos subjetivos, que se exigen a las empresas concesionarias o licenciatarias, en los pliegos de bases y condiciones de las licitaciones o concursos); C) regulaciones genéricas y sectoriales aplicables a la actividad prestacional. Este contenido es algo así como el núcleo central de la regulación y comprende: (i) declaración legal sobre la publicación de cada actividad; (ii) limitaciones y prohibiciones; (iii) procedimientos para acceder a la habilitación (concesión, licencia o mera autorización); (iv) 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 regulatorios; (v) los principios que rigen el sistema tarifario y los procedimientos establecidos para su ajuste o modificación; (vi) disposiciones relativas a la creación, fines y potestades de los entes regulatorios; (vii) prescripciones acerca de los procedimientos y control jurisdiccional estableciendo, en algunos casos, reglas especiales como el procedimiento de la audiencia pública y, por último, el régimen sancionatorio aplicable en los supuestos de incumplimiento de las cláusulas de la licencia o contrato de concesión, como, asimismo, en casos de violación de las normas regulatorias” (cfr. Juan Carlos CASSAGNE, “Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual...”, página 952 y ss.).

⁴⁸⁶ A nuestro criterio, como ya expresáramos anteriormente y desarrollamos más adelante, el concepto de “marco regulatorio” contiene no sólo la Ley que establece los principios generales de las prestaciones y algunas cuestiones específicas, sino que comienza con las cláusulas pertinentes de la Constitución Nacional, sigue con las leyes mencionadas y luego se va desarrollando paulatinamente con eventuales reglamentaciones, el contenido de los títulos habilitantes y las reglas que dictan los organismos de regulación en ejercicio de sus competencias (ver y ampliar en Daniel M. NALLAR, “Reflexiones de las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población en América Latina”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N° 51, Lexis Nexis, Buenos Aires).

La naturaleza consensuada del período de formación de la Concesión asegura dos premisas fundamentales: todo principio o regla a ser aplicado en la Concesión debe necesariamente integrar el cuerpo normativo; y las reglas y principios que integran el cuerpo normativo sólo pueden modificarse mediante procedimientos predefinidos y que prevean la participación de todos los sujetos involucrados.

En otros términos al otorgar una Concesión, Estado y persona privada se comprometen expresamente a respetar toda la normativa mencionada en el pliego de bases y condiciones, como aplicable a la nueva relación. Ambas partes “resignan” parcialmente sus derechos y potestades, pues el Estado verá limitado su poder natural de dictar normas generales y abstractas, y también específicas, que deroguen, modifiquen o amplíen otras ya existentes; y la persona privada asumirá el riesgo sobre los efectos negativos que la normativa existente puedan tener para sus intereses en el futuro. Esta es la manifestación más notoria de la asociación pública – privada que deriva del Contrato de Concesión y demás normativas.

b) Condiciones de accesibilidad

La segunda consecuencia de la publicatio, es la restricción del acceso de prestadores. No se trata de una prohibición sino del establecimiento de requisitos previos cuyo cumplimiento el o los interesados deben demostrar para constituirse en prestadores. Igualmente, y cuando así sea requerido por el orden jurídico vigente, también deberán superarse algunos procedimientos de selección, como ser la licitación pública⁴⁸⁷.

Es decir que, para ser prestador de un servicio sujeto a un régimen especial de servicio público se necesita una habilitación expresa por parte del Estado, el cual emite un título en tal sentido por un

⁴⁸⁷ En nuestro derecho la licitación pública es el procedimiento administrativo de obligatorio cumplimiento previo al otorgamiento de una habilitación para el desarrollo de actividades sujetas a un régimen especial de servicio público.

determinado lapso de tiempo. Dicho título, en sí mismo contiene condiciones de idéntica naturaleza a las normadas legal y reglamentariamente, pero con un grado de especificidad extremo, y será el principal instrumento normativo durante el desarrollo de las actividades.

La prestación de una actividad, declarada como “sujeta a un régimen especial de servicio público” conlleva naturalmente una serie de exigencias en cuanto a niveles de calidad y eficiencia, obras e inversiones - a los efectos de expandir el alcance del servicio a usuarios potenciales y mejorar el servicio a usuarios actuales -, atención comercial orientada por el cumplimiento de reglas de optimización, y ello bajo un régimen económico preestablecido y principios básicos de prestación que requieren continuidad, regularidad y uniformidad.

Todos los detalles y exigencias referidas implican y justifican la necesidad de realizar un tratamiento técnico y jurídico multidisciplinario, y que involucra aspectos societarios, de calidad comercial, económicos, financieros, contables, etc., los cuales muy difícilmente podrían tratarse en una ley o en su reglamentación e incluso serían de difícil tratamiento, además de tardío, en una orden regulatoria.

En efecto, la actividad reglamentaria del Órgano Ejecutivo no es suficiente para cubrir los múltiples aspectos que encierra la prestación de servicios de esta naturaleza, por lo cual será necesario establecer bases y condiciones específicas para cada aspecto. Todo ello de acuerdo a pautas temporales y espaciales. Así también será imprescindible especificar aspectos tecnológicos, tarifarios y de calidad, lo cual requiere un puntilloso trabajo de naturaleza técnico-jurídico-contable.

Lo expresado, como ya se habrá advertido, es justificativo de la existencia de títulos habilitantes que complementan la actividad legislativa y reglamentaria de los órganos legislativo y ejecutivo, estos títulos se manifiestan esencialmente en los denominados “contratos de concesión” - o de “licencia” en la práctica utilizada en Argentina - y contienen el resultado de todo un proceso de elaboración.

En el sentido que se viene expresando, y tal como se advirtiera con anterioridad desde cierto sector doctrinario⁴⁸⁸, cuando de servicios públicos se trata, existen especialmente tres aspectos básicos que cubrir al momento de habilitar a un prestador privado, aspectos que sólo pueden concretarse normativamente en los títulos habilitantes⁴⁸⁹, y que, sintéticamente, pueden describirse del siguiente modo:

i.- características que debe reunir al momento de efectuarse el proceso de selección, y conservar durante toda la prestación – o parte del mismo –, la persona jurídica que pretenda asumir la prestación de actividades sometidas a un régimen de servicio público;

ii.- presupuestos básicos y pautas elementales de comportamiento conformes a la buena fe y al decoro, que deben respetarse estrictamente y;

iii.- estructura normativa y procedimental a respetar para que ambas partes, al Estado - “titular” - y al sector privado - “prestador” -, tengan la posibilidad de discutir y, en su caso consensuar bajo qué condiciones mínimas y máximas será posible, a través de un trabajo conjunto entre ambos (titular y prestador), asegurar a los usuarios un servicio óptimo, que prevea el cubrimiento de todas las necesidades actuales y futuras, la extensión del alcance de los servicios para abarcar a usuarios potenciales y la realización de infraestructuras necesarias.

c) Regulación pública de la actividad

Finalmente, la tercera consecuencia de la *publicatio* es el nacimiento o actualización del derecho, en el Estado titular, para controlar y regular la prestación misma del servicio y, obviamente, hacer lo propio con el sujeto habilitado para llevar adelante la actividad. Tal

⁴⁸⁸ NALLAR, El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico de la transformación del Estado, las privatizaciones y los entes regulatorios..., Capítulo III.

⁴⁸⁹ Contratos de concesión o de licencia.

potestad de control y regulación se ejerce directamente respecto del cumplimiento de las condiciones expresamente establecidas al momento de dictar los marcos regulatorios y de habilitar un prestador determinado.

Sin embargo, indirectamente, la función de regulación procura algo mucho más esencial como es la observancia de los fines tenidos en cuenta al momento de sujetar la actividad a un régimen especial de “servicio público”. En este sentido, el dictado de los marcos regulatorios, el control y la regulación del contrato y del servicio mismo, e incluso la creación o determinación de los organismos con competencia para “controlar” y “regular” aparecen como instrumentos orientados al cumplimiento de esos fines elementales⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ En nuestro país, a partir de la transformación operada sobre los servicios se crearon numerosos organismos denominados en la mayoría de los casos “entes reguladores”. Si bien muchos de ellos han variado sustancialmente su composición y el alcance de sus potestades, y algunos prácticamente no funcionan actualmente como verdaderos entes reguladores, estamos en condiciones de enumerar, con HUICI, los siguientes: Ente tripartito entre la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y Obras Sanitarias de la Nación (Anexo I punto III de la ley 23.696 y decreto 999/92), la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Decretos 1185/90 - y sus modificatorios 2728/90 y 2160/93 -, 521/02, 167/03, 189/03, 811/04, 1916/04, 1759/05, 1983/06 y 122/07, además debe tenerse en cuenta la Ley 19.798 y el Decreto 731/89), la Autoridad del Transporte del Área Metropolitana (Dec. 1143/91), el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica (Ley 24.065, art. 54 y ss.), la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (Decs. 214/92, 2792/92 y su modificatorio 1187/93), el Ente Nacional Regulador del Gas (Ley 24.076, art. 50), la Comisión Nacional de Regulación Ferroviaria (Dec. 2339/92. Derogado por dec. 454/94), la Comisión Nacional de Transporte Automotor (Dec. 104/93), la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario (Dec. 1836/93, modificado por dec. 455/94.), el Órgano de Control de la Red de Accesos a la ciudad de Buenos Aires (Dec. 1994/93), el Tribunal Arbitral de Transporte Ferroviario (Dec. 454/94.) y el Ente Nacional Regulador Nuclear (Dec. 1540/94) (ver y ampliar en Héctor HUICI, “La actividad jurisdiccional de los entes reguladores”, *Revista Jurídica La Ley* 1996-B, 843). A esta enumeración debe agregarse los numerosos organismos de regulación y control creados a nivel provincial, dándose el caso de provincias que crearon un solo organismo a cargo del control y regulación de dos o más servicios públicos (Salta, Jujuy y Córdoba, entre otras) y también la existencia o creación de varios organismos (Provincia de Buenos Aires, Mendoza y Tucumán, entre otras).

El ejercicio mismo de la potestad reguladora puede practicarse, orgánicamente, de distintos modos, y en este sentido es posible llevar a la práctica la “función de regulación” desde la administración centralizada⁴⁹¹, desde la administración centralizada pero a través de un órgano desconcentrado⁴⁹² o desde la administración descentralizada⁴⁹³.

En éste último caso, el hecho de tener el organismo a cargo de la regulación personalidad jurídica propia y una normativa especial que establece sus deberes y atribuciones, de por sí le asegura cierto nivel de independencia funcional, es decir, en la toma de decisiones⁴⁹⁴.

No obstante ello, al momento de intentar esgrimir y desarrollar parámetros y criterios generales y abarcadores sobre el alcance de las competencias de las entidades de regulación, así como también sobre las atribuciones que corresponde reconocer a los organismos a cargo de la misma y del control de los servicios públicos, es fundamental

⁴⁹¹ En el caso de que se encomiende la “regulación” a un Ministerio o a una Secretaría de Estado. Al respecto, advertimos sobre la situación especial que se suscita respecto de los servicios públicos de transporte y distribución de gas natural y transporte y distribución de energía eléctrica, cuyos entes reguladores específicos, Ente Nacional Regulador del Gas y Ente Nacional Regulador de la Electricidad, como consecuencia de la crisis acaecida esencialmente durante los años 2001 y 2002, han sido despojados de muchas de sus funciones más importantes, asumiendo la Secretaría de Energía un rol protagónico.

⁴⁹² Sucede cuando se crea un Programa especial o una Dirección, dentro del Ministerio o Secretaría, encomendándole específicamente el control y regulación de una o varias actividades sujetas a un régimen especial de servicio público.

⁴⁹³ Entes autárquicos u otra forma de descentralización.

⁴⁹⁴ De algún modo, la descentralización permite suponer una intencionalidad – implícita o explícita – en el órgano que la dispone, de asegurar especialidad en el tratamiento de los temas encomendados al ente creado. Igualmente, en la mayoría de los casos la descentralización procura también “independencia funcional”, por lo cual, sin perjuicio de analizar y aplicar lo establecido específicamente para cada caso, es de buen derecho interpretar los casos “grises” y los vacíos legales a favor de dicha independencia.

tener en cuenta que tales criterios pueden y deben variar o adaptarse según sea el tipo de servicio público objeto de regulación y control.

Además, será necesario tener en cuenta aspectos y circunstancias de hecho, como ser las “carencias” más importantes de un servicio determinado, la infraestructura existente, cantidad de usuarios abastecidos y de usuarios potenciales y la coherencia interna de la normativa vigente respecto de su creación y operación, todo lo cual permite opinar con certeza y proponer medidas eficientes sobre dichos aspectos (atribuciones y competencias).

En el derecho comparado, las comisiones reguladoras de los Estados Unidos de Norteamérica⁴⁹⁵ y las organizaciones similares existentes en Gran Bretaña⁴⁹⁶, así como los entes reguladores, las superintendencias y las sindicaturas de regulación creados en distintos países de América Latina hacia fines del siglo XX⁴⁹⁷, son una prueba

⁴⁹⁵ Sugerimos la lectura sobre la evolución y estado actual de las mismas en BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I, capítulos I y II y sobre el alcance de sus potestades en Pedro José Jorge COVIELLO, “¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso “Ángel Estrada)””, *Revista Jurídica El Derecho, diario del 29 de abril de 2005* y Oscar AGUILAR VALDEZ, “Reflexiones sobre las “funciones jurisdiccionales” de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración”, *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires, 1994.

⁴⁹⁶ Ver al respecto MATA, “Noción actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)...”, *passim*; Miguel SOLANES, *Servicios Públicos y Regulación*, Comisión de Estudios para América latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1999, página 46/48 (puede consultarse en <http://www.eclac.cl>); VICKERS - YARROW, *An Economic Analysis...*, páginas 45 y ss.; Francisco VILLAR ROJAS, *Privatización de Servicios Públicos*, Editorial Tecnos. Madrid, 1993, capítulos IV y VI y Barry MITNICK, *La Economía Política de la Regulación*, Fondo de Cultura Económica/Economía Contemporánea, 1989, entre otros.

⁴⁹⁷ Ver y ampliar con los datos y estadísticas que se recatan de informes oficiales en NALLAR, *Reflexiones de las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población en América Latina...*, *passim* y también en “El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico de la transformación del Estado, las privatizaciones y los entes regulatorios...”, *passim*.

cabal respecto de las enormes dificultades existentes cuando se intentan comparaciones sin mayores cuidados, más aún cuando se juzga el alcance de sus competencias tomando como referencia la jurisprudencia extranjera⁴⁹⁸.

En idéntico sentido, advertimos la existencia y el avance incansable de una doctrina que en nuestro país profundiza sobre las diferencias entre la función de regulación y la de control⁴⁹⁹, proponiéndose, en algunos casos, llevar ésta distinción al ámbito institucional, limitando las potestades de los actuales entes reguladores a una estricta función de control⁵⁰⁰.

Si bien los autores que la impulsan incluyen algunas atribuciones para resolver conflictos menores y dictar reglas de carácter técnico, su concreción en la práctica significaría una diferencia importante de nuestros entes reguladores respecto de sus pares en otros Estados y un rotundo cambio en la esencia de los mismos⁵⁰¹, al punto

⁴⁹⁸ Véase la fundada crítica al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa CS, 5/4/2005 - Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos, efectuada por COVIELLO, “¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso “Ángel Estrada”)...”, *passim*.

⁴⁹⁹ Ampliar en NALLAR, El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico de la transformación del Estado, las privatizaciones y los entes regulatorios..., páginas 99 y ss.

⁵⁰⁰ Esta postura puede vislumbrarse en las conclusiones que esboza CASAGNE en “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”)...”, especialmente página 756 y, puede consultarse también, con seguro provecho, SARMIENTO GARCIA, *Concesión de Servicios Públicos...*, *passim*. Más adelante volvemos sobre el tema.

⁵⁰¹ Al respecto, se ha expresado que “... en cada sistema regulatorio resulta imprescindible dilucidar en cabeza de quien se encuentra la regulación así como analizar la posibilidad de separar la función regulatoria de la de control. Una serie de razones impiden, en nuestro sistema constitucional que el Parlamento confiera a los entes de control un poder regulatorio autónomo o delegado... En consecuencia, se impone la separación de la función regulatoria de las que lleven a cabo los entes de control, sin perjuicio de las facultades que el ordenamiento les atribuya para reglar aspectos de detalle que no impliquen la creación ex novo de obligaciones y derechos. Esta conclusión encuentra también fundamento en la cir-

que sería necesario la reestructuración de los actuales marcos regulatorios, incluyendo la de los decretos reglamentarios y contratos de concesión y licencia⁵⁰².

En el caso de nuestro país, los “entes reguladores de servicios públicos” constituyen la organización administrativa desde la cual se ha elegido llevar a la práctica la regulación sobre las actividades sujetas a regímenes especiales de servicios públicos. En tal sentido, estos organismos han recibido de las normas de su creación numerosas potestades, a tal punto que alguna vez fueron calificados por prestigiosa doctrina como un Estado dentro del Estado⁵⁰³. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente normativo, la naturaleza jurídica que se les atribuye es la de “entes autárquicos”, sin efectuarse ninguna regulación legal respecto de las normas de fondo y procedimen-

cunstancia de que si los entes de control tienen atribuidas también funciones de naturaleza cuasi-jurisdiccional ellos serían jueces de sus propios asuntos (pues juzgarían sobre las normas que han dictado) contraviniendo de ese modo un trascendente principio general del derecho, proveniente del derecho natural, que se aparta del objetivo constitucional de “afianzar la justicia” (*vid.* CASSAGNE, “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización...”, página 862).

⁵⁰² Al respecto, nos remitimos al análisis de las potestades y competencias del Ente Nacional Regulador del Gas y del Ente Nacional Regulador de la Electricidad que efectuáramos más arriba.

⁵⁰³ Cfr. BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I, página 77. La expresión del autor citado, lejos de ser exagerada, muestra claramente que las potestades recibidas por los entes reguladores de las leyes de su creación fueron adoptadas como identificadas con las tres funciones esenciales del Estado, o, si se quiere, con las tareas encomendadas a cada órgano del poder, luego de la división tripartita del mismo. De este modo, las mismas leyes de creación de los entes reguladores nominan sus potestades como reglamentarias, jurisdiccionales y sancionatorias, e incluso, expresamente le encomiendan el ejercicio del poder de policía respecto del servicio. Más adelante profundizaremos sobre el acierto de tales nominaciones en el marco de nuestra teoría autónoma de la función reguladora del Estado.

tales que deben respetar, así como tampoco en lo atinente a sus relaciones con la Administración Central⁵⁰⁴.

La creación de los entes regulatorios en nuestro país presenta como antecedentes las comisiones reguladoras independientes americanas, aunque también podemos referenciar numerosas sentencias de tribunales europeos dictadas algunas décadas atrás y, más recientemente, directivas del mismo Parlamento Europeo⁵⁰⁵.

El origen de las comisiones independientes europeas, las que si bien actúan en cada Estado miembro de la Comunidad Económica responden a fundamentos similares y se sujetan en su accionar a las directivas comunitarias, responde a cuestiones de igualdad y competencia, pues la necesidad de separar las funciones de “regulación” de las de “gestión” se sustenta en la idea de que, si se unificaran ambas atribuciones en un mismo organismo o empresa se produciría el riesgo cierto de favorecer una posición dominante en el mercado, lo cual “resulta incompatible con la competencia” y crea una “situación de desigualdad”⁵⁰⁶, por significar el mantenimiento de “situaciones privilegiadas”⁵⁰⁷.

En el caso de las comisiones independientes norteamericanas, su creación y subsistencia se fundamenta, políticamente, en la necesi-

⁵⁰⁴ Salvo, pero confusamente como hemos estudiado más arriba, las vías recursivas que pudieran aplicarse por eventuales impugnaciones a sus decisiones.

⁵⁰⁵ En el caso de la Unión Europea, el desarrollo de las comisiones reguladoras es verdaderamente incipiente en los últimos años, y, paulatinamente, van convirtiéndose en verdaderas protagonistas, acompañadas por una labor parlamentaria más uniforme y reflexiva. Al respecto, puede consultarse con seguro provecho a MUÑOZ MACHADO, quién hace referencia a numerosas sentencias emitidas durante las décadas del sesenta, setenta y ochenta, especialmente del Tribunal Constitucional Español y a directivas del Parlamento Europeo en materia eléctrica de 1996 (ver y ampliar en *Servicio público y mercado. I.- Los Fundamentos...*, p. 254 y ss., Editorial Civitas, Madrid, 1998).

⁵⁰⁶ Cfr. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. I.- Los Fundamentos...*, p. 257.

⁵⁰⁷ Vid. Tribunal de Justicia, sentencia Reino de España y otros c. Comisión de. 17 de noviembre de 1992.

dad de mantener éste ámbito ajeno a los vaivenes políticos y electorales y, técnicamente, para obtener de los mercados la información suficiente como para evitar afectaciones al interés público⁵⁰⁸. Por el contrario, en nuestro país, desafortunadamente los fundamentos que dan vida y sustento a los entes reguladores nunca han sido expuestos con nitidez, motivo por el cual se han generado los profundos debates doctrinarios y jurisprudenciales que sirven de motivación al presente estudio.

No obstante todo lo expresado, desde un análisis subjetivo pero con serios fundamentos derivados de la realidad fáctica y normativa, puede decirse que la creación de los entes reguladores en Argentina responde a tres objetivos básicos, a saber:

i. Diferenciación entre la regulación del sistema y la participación dentro del mismo como prestador

Es cierto, y debe reconocerse que la distinción del título (entre la figura del regulador y la del prestador) no ha sido manifestada en ninguno de los escasos debates parlamentarios, suscitados con motivo del tratamiento de los proyectos de leyes en los cuales se impulsaba la creación de los entes reguladores de servicios públicos, así como es justo reconocer también que dicha distinción tampoco se encuentra exteriorizada expresamente en ninguna de sus normas.

Si embargo, también corresponde advertir que la creación de los denominados “entes reguladores”, exteriorizó, expresa e implícitamente, la intención de establecer un sistema de regulación abarcador de actividades que superan ampliamente el mero “control”, atribuyendo a esos organismos - entes reguladores - funciones que van desde la aplicación de sanciones hasta la emisión de normas, pasando por el otorgamiento de habilitaciones y la promoción y defensa de la competencia.

⁵⁰⁸ Vid. MUÑOZ MACHADO, Servicio público y mercado. I.- Los Fundamentos..., p. 260.

ii. Resguardo de la independencia

También impulsa la creación de los entes reguladores la intención de dotar al control y regulación de independencia funcional respecto del Poder habilitante, especialmente teniendo en cuenta los riesgos de sujetar las decisiones netamente técnicas y jurídicas a conveniencias derivadas de cuestiones políticas o partidarias y conveniencias circunstanciales.

En este sentido, la necesidad de separar por una parte, la actividad de control y regulación, y por otra la prestación misma, colocando ambas en cabeza de personas jurídicas distintas, fue complementada con algunas previsiones normativas dispuestas para asegurar niveles óptimos de independencia y especialización a favor de los entes reguladores, lo cual, corresponde destacar nuevamente, es sólo un primer paso, que si bien aparece como necesario no es suficiente y debe complementarse con una fuerte voluntad por su aplicación y convencimiento respecto de sus efectos positivos.

iii. Estabilidad y especialización

Finalmente, se procura asegurar el mantenimiento de las condiciones pactadas originalmente y que las eventuales adecuaciones, aclaraciones o modificaciones sean realizadas por personas especializadas, sin perjuicio del objetivo, importante también, de asegurar la suficiente protección de los usuarios, frente a las fallas del mercado y los abusos de los prestadores.

Sin embargo, nada de esto se encuentra previsto con suficiente claridad y solvencia en las leyes que crean a los entes reguladores⁵⁰⁹,

⁵⁰⁹ Si bien nos referimos en general a los denominados “entes reguladores”, distintas circunstancias hacen conveniente, y tal vez inevitable, centrar nuestro estudio primordialmente en el Ente Nacional Regulador de la Electricidad y el Ente Nacional Regulador del Gas. Entre otros motivos, tenemos en cuenta que ambos entes reguladores fueron creados por Ley del Congreso de la Nación, así como también que han subsistido sin cambios importantes en sus estructuras internas y en las normativas que los rigen (lo contrario sucedió por ejemplo con el Ente Tri-

por el contrario, nuestro derecho positivo se encuentra en deuda con la atribución o determinación, clara y uniforme, de la naturaleza jurídica que corresponde reconocer a estos importantes organismos. Asimismo, se destacan las evidentes carencias y abstenciones de las especificaciones normativas al momento de determinar, al menos básicamente, cuales son los alcances de sus competencias.

Justamente por tales motivos, ambas cuestiones son objeto de un “excesivamente prolongado” debate en la doctrina especializada y de una “peligrosa ambigüedad” en la jurisprudencia de nuestros tribunales, circunstancia esta última que no hace más que contribuir a la inseguridad jurídica y a la obstaculización de la labor que deberían desarrollar los entes reguladores, al tiempo que desalienta, perjudicialmente, el avance de una doctrina judicial respecto de la función reguladora del Estado sobre los servicios públicos esenciales.

Al respecto, y es esta la mejor oportunidad para reconocerlo y destacarlo, la principal causa motivadora del tema seleccionado para este trabajo es la inquietud que provoca saber que esas noveles instituciones que son los entes reguladores, fundamentales y estratégicos para el desarrollo de los servicios esenciales, de repente pueden ser desprestigiados y denigrados a raíz de la mala fe o, en algunos casos, el desconocimiento.

Así también, impulsa este estudio la imperiosa necesidad de construir una verdadera teoría de la regulación sobre las actividades sujetas a un régimen especial de servicio público, sea que su contenido coincida con el que aquí exponemos o no, pues, nada es más perjudicial para nuestros servicios esenciales que la ausencia de políticas públicas perdurables e instituciones de regulación bien estructuradas.

En definitiva, se intenta fundar una propuesta que puede o no ser compartida por la doctrina especializada, pero que, fundándose

partito de Obras y Servicios Sanitarios, hoy desaparecido y reemplazado por un organismo sin independencia ni especialización que controla tímidamente empresas públicas, y con la Comisión Nacional de Comunicaciones, que, conservando la especialización ha perdido niveles de independencia óptimos).

en la experiencia práctica y la realidad institucional y normativa, presenta coherencia interna y armonía con los principios generales del derecho, especialmente el derecho administrativo. Lo importante no es la aceptación de sus postulados sino el debate de alternativas, siempre en el convencimiento de que lo peor es no tener teoría alguna.

3. *LA “FUNCIÓN DE REGULACIÓN” DEL ESTADO EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. ANÁLISIS DOCTRINARIO*

a) *Importante advertencia inicial*

Ahora sí, ingresando concretamente al camino que conduce, no sin obstáculos, a la dilucidación del término “regulación”, se intentará aquí determinar la naturaleza y los alcances de la “función de regulación” del Estado, siempre respecto de las actividades sujetas a un régimen especial de servicio público.

Con este objetivo, se dedicará esta parte del estudio para acercar el tema bajo estudio a las distintas opiniones doctrinarias esgrimidas respecto de la naturaleza jurídica de esta novedosa función estatal, no sin antes destacar que la complejidad del asunto surge como consecuencia de la diversidad de términos con que operan los distintos autores y la notoria dispersión de fines.

Por otra parte, es necesario reconocer que son escasos los estudios dedicados total o parcialmente a la cuestión específica que se enuncia al inicio de este título. En el caso de la doctrina nacional, en la mayoría de los casos las opiniones y construcciones de los autores se orientan al estudio de los entes reguladores creados durante la década del noventa, su naturaleza, competencias, potestades y niveles de independencia, postergando por ello la elaboración de una verdadera teoría sobre la “función de regulación”.

En efecto, se ha opinado y debatido abundantemente sobre la necesidad de respetar grados de independencia a los entes regulado-

res de servicios públicos respecto de los demás poderes del Estado, pero muy poco se dijo sobre la independencia del ejercicio de la “función de regulación” sobre los mencionados servicios respecto de las demás funciones del Estado.

Igualmente, mucho se reflexionó, escribió y aconsejó respecto de las características y alcances de las competencias de los entes reguladores referidos, pero son realmente escasos los estudios sobre las características y alcances de la “función de regulación” del Estado respecto de los servicios que se encuentran bajo su titularidad.

En este sentido, un análisis objetivo, desde el punto de vista doctrinario, jurisprudencial y legislativo, respecto de los resultados obtenidos luego de 15 años bajo las premisas del “nuevo” sistema de titularidad estatal, prestación privada y regulación independiente, arroja como resultado final un profuso desarrollo de una de sus partes pero un exiguuo tratamiento respecto del “todo”.

En otros términos, más crudos pero también más representativos, se han centrado las investigaciones sobre las ramas del árbol pero se dejó en el olvido sus raíces, se ocultó con un manto de indiferencia la filosofía que da vida y movimiento a esas ramas, se relegó incomprensiblemente el estudio de la sabia que las nutre y que llena de sentido cada acto, cada acción, cada movimiento de esas ramas y de sus hojas. Sin embargo, esas raíces son los cimientos del sistema, y nada en él puede entenderse sin previamente conocerlas, nada en él puede construirse sin antes fortalecerlas.

¿Cómo indagar si un ente regulador puede o no resolver conflictos sin conocer antes cuánto aporta tal competencia a los fines tenidos en mira al momento de construir un sistema de prestadores privados y control y regulación externa?

¿Cómo opinar sobre el dictado de normas por parte de los entes reguladores, sus “potestades reglamentarias” para algunos o la “función de reglamentación” para otros, sin previamente examinar de que manera coadyuva a un más eficiente control y regulación el ejercicio de tal potestad?

Y es que, en definitiva, no es posible conocer debidamente y opinar sobre los entes reguladores sin antes conocer en esencia la función que tales organismos van a desempeñar, pues al árbol se lo advierte por sus ramas y sus flores pero sólo se lo conoce por sus raíces. En este caso, lo primero es conocer de qué hablamos cuando hablamos de “regular” los servicios públicos esenciales, pues, a partir de tal esclarecimiento, será más fundada, convincente y respetada cualquier opinión sobre el alcance de las competencias de los entes reguladores.

Dicho esto, y teniendo siempre en cuenta la advertencia realizada, corresponde ahora introducirse en el estudio de la “función de regulación”, comenzando, antes de desarrollar una opinión final, y tal como se advirtiera más arriba, por un somero análisis de las distintas posturas doctrinarias esgrimidas. Al respecto, es justo señalar la existencia de dos tendencias doctrinarias básicas, de las cuales posiblemente deriven ponencias mas o menos extremas, pero cuyo factor distintivo radica, a nuestro entender, en la atribución – o no - de un determinado grado de autonomía a la función de regulación respecto de las demás funciones del Estado.

Se expondrán, primeramente, aquellas posturas que niegan autonomía alguna, como instituto jurídico, a la función de regulación, las cuales, en general, tienden a identificar dicha “función” con el poder de policía del Estado o limitarla al dictado de normas generales y abstractas.

b) La regulación como manifestación del poder de policía del Estado

Para algunos autores la función de control y regulación, desarrollada por los entes reguladores, o por la Administración centralizada, constituye una manifestación más del ejercicio del poder de policía del Estado, aceptándose expresamente, incluso, que aún cuando un “servicio público” estuviese a cargo de una persona jurídica privada (concesionario o licenciatario), como el Estado conserva el ejer-

cicio del “poder de policía” a través del referido control y regulación, los daños y perjuicios derivados de una “regulación deficiente” generan responsabilidad pública⁵¹⁰.

En este sentido, tampoco falta en la doctrina especializada quién asimile las potestades de aplicar sanciones por fallas en el servicio y de resolver controversias respecto de eventuales daños y perjuicios causados por los prestatarios privados a los usuarios con el ejercicio del “poder de policía del Estado”, el cual encontraría su fundamento en las normas de los marcos regulatorios⁵¹¹.

Es justo destacar a esta altura de la exposición que, en muchos casos, los autores sin manifestar posición alguna sobre el tema se limitan a transmitir el carácter de “ejercicio del poder de policía” que, desde cierto punto de vista “erróneamente” e “infundadamente”, al-

⁵¹⁰ Al respecto, se ha expresado en la doctrina especializada que “... en esta nueva etapa de privatización y/o concesión total o parcial de los servicios públicos se ha previsto el ejercicio del poder de policía por parte del Estado, mediante la creación de Entes Nacionales Reguladores... Si el usuario experimenta un daño a raíz de la defectuosa o irregular prestación se genera una obligación resarcitoria en cabeza del concesionario, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por el insuficiente ejercicio del poder de policía a través de sus órganos competentes, omisión causalmente relevante en el advenimiento del menoscabo...” (Ver al respecto Isidoro H. GOLDENBERG - Néstor A. CAFFERATTA, “El papel del Estado en la etapa de posprivatización - Los entes reguladores”. *Revista Jurídica La Ley* 1998-F, 1172).

⁵¹¹ La confusión entre el ejercicio de las potestades de los entes reguladores en el marco de la función de regulación sobre los servicios que tienen encomendada es, en algunos casos notoria y en otros surge implícita. Así es como se ha expresado que “... otro aspecto está dado por la intervención del Ente ante el incumplimiento por parte del prestador de normas generales que conforman el marco regulatorio (disposiciones legales o reglamentarias de los respectivos servicios). Ello también generará la necesidad de rectificación de la conducta pertinente y eventualmente la aplicación de sanciones y la reparación de los daños y perjuicios ocasionados; ejercicio de poder de policía que encuentra su fundamento en las normas cuya observancia constituye una obligación *ex lege*” (Vid. Abel FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, “Funciones jurisdiccionales del ente único regulador de los servicios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. *Revista Jurídica La Ley* 2001-D, 1034).

gunas leyes y decretos atribuyen a toda o a parte de las funciones desempeñadas por los entes reguladores.

Ciertamente, y sin ánimo alguno, debe aceptarse que el legislador “de turno” en nuestro país – sea desde las legislaturas o desde las administraciones – en numerosos casos no ha sido demasiado prudente al utilizar el término “poder de policía”, para la integración de normas jurídicas de distintos rangos. Es representativo de tal confusión el ya derogado “marco regulatorio del servicio de suministro de agua potable y desagües cloacales” para Ciudad de Buenos Aires y algunos partidos de la Provincia del mismo nombre, norma que suele utilizar el término confundiendo con un supuesto “poder” de regulación y control⁵¹², también como sinónimo de policía administrativa⁵¹³ e incluso como parámetro para el juzgamiento de conflictos entre el ente regulador y el concesionario⁵¹⁴.

En esta línea, CINCUNEGUI considera que el poder de policía es el presupuesto para la creación del “servicio público”, siendo competencia del poder Legislativo y traducéndose en restricciones a los derechos individuales. De ese ejercicio, a criterio del autor referido en último término, deviene el sistema regulatorio de todas las actividades que conforman el tráfico entre personas, o de aquellos hechos o actos que pueden tener efecto sobre terceros. El servicio pú-

⁵¹² Al respecto, establecía el ya derogado Decreto 999/92, en su artículo 17°, párrafo primero que “El Ente Regulador tiene como finalidad ejercer el poder de policía y de regulación y control en materia de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el Área Regulada..., de conformidad con lo establecido en este Marco Regulatorio”.

⁵¹³ Tal confusión surge clara, por ejemplo, del ya citado Decreto Nacional 999/92, que en su artículo 17° establecía que “... En tal sentido tendrá a su cargo asegurar la calidad de los servicios, la protección de los intereses de la comunidad, el control, fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes, y del Contrato de Concesión”.

⁵¹⁴ Al respecto, disponía el Decreto 999/92, en su artículo 70 lo siguiente: “ARBITRAJE. Todos los conflictos no derivados del ejercicio del Poder de Policía establecido por el Artículo 17, que se susciten entre el Ente Regulador y el Concesionario podrán ser resueltos por vía de árbitros o amigables componedores, a elección de las partes”.

blico se crea “mediante el ejercicio del poder regulatorio (poder de policía)...”, poder que luego se ejerce a través del órgano Ejecutivo o de las comisiones reguladoras o de control⁵¹⁵.

En un camino intelectual muy cercano, aunque con complementos de interés y sin mencionar expresamente al instituto del poder de policía del Estado, algunos autores analizan la naturaleza jurídica de los entes reguladores y el alcance de sus competencias, partiendo de una asimilación prácticamente absoluta de la noción de “regulación estatal” con la de “potestad reglamentaria” del Estado. Esta identificación de conceptos inicial conduce luego, a modo de paradigma, el contenido de las opiniones y reflexiones que los distintos exponentes de la postura desarrollan.

En tal sentido, al “juzgar” y opinar respecto del alcance de las competencias de los entes reguladores en la materia partiendo de la premisa de que la regulación es, en definitiva, el dictado de normas generales y abstractas limitativas de derechos individuales, orientan el análisis hacia y desde lo que dispone la Constitución Nacional en lo atinente al dictado de reglamentos administrativos, especialmente los reglamentos autónomos y los reglamentos delegados.

Dentro de la postura que estamos exponiendo, aún cuando reconocemos sus ribetes especiales, ubicamos la doctrina sobre la regulación construida por BIANCHI⁵¹⁶, quién a lo largo de su exposición también deja expresamente sentado la asimilación del concepto de “regulación” con el de “reglamentación”, no obstante lo cual, y contrariamente a la postura analizada en último término, reconoce BIANCHI que los entes reguladores poseen facultades para ejercer la función reguladora, entendida ésta como el ejercicio de potestades reglamentarias que les son atribuidas en algunos casos por los mis-

⁵¹⁵ Ver al respecto Juan Baustista CINCUNEGUI, “Regulación Pública, Poder de Policía - Servicio Público de Control - Estado de Excepción - Desregulación”. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, 184:42 (ver especialmente páginas 43 y 47/48).

⁵¹⁶ Ver y ampliar en Alberto BIANCHI, “¿Qué son los ente reguladores?. Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico”..., *passim*.

mos marcos regulatorios a través de leyes del Congreso⁵¹⁷, de reglamentos de ejecución⁵¹⁸ y decretos delegados⁵¹⁹.

Para el último autor citado, cuando los entes reguladores son creados por Ley del Congreso, los reglamentos que dictan en ejercicio de competencias atribuidas “legalmente” deben considerarse reglamentos “delegados”, en caso de tratarse de facultades expresamente contempladas en las leyes de su creación. Por el contrario, serán reglamentos “autónomos” en caso de tratarse de reglamentaciones propias del ente regulador. Para el caso de entes reguladores creados por el Órgano Ejecutivo, sus reglamentaciones serían fruto de delegaciones efectuados por este Órgano mediante Decretos autónomos⁵²⁰.

Al respecto, BIANCHI se ocupa - especialmente - de distinguir con mucha precisión el alcance de las competencias de los entes reguladores, según sean o hayan sido estos creados por normas legales (leyes) o creados por normas reglamentarias (decretos). En tal sentido, especifica el autor referido que en el ejercicio de “facultades legislativas delegadas” los organismos creados por decreto no pueden afectar con sus decisiones la persona o bienes de terceros ajenos a la relación Concedente - Concesionario o Concedente - Licenciario.

Igualmente, no pueden tampoco los organismos referidos en último término crear tasas, derechos o aranceles ni sanciones disciplinarias, ni ordenar restricciones al dominio. Finalmente, el autor

⁵¹⁷ Sería el caso del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E.), Ley N° 24.065 y el Ente Nacional Regulador del Gas (E.Na.R.GAS), Ley 24.076.

⁵¹⁸ Nos referimos en este caso a los decretos reglamentarios de las leyes citadas en nota anterior y también el ya desaparecido Decreto 999/92 de ejecución de la Ley 23696.

⁵¹⁹ Es a nuestro entender el caso del actualmente desaparecido Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (E.T.O.S.S.), cuya norma de creación y atribución de competencias fuera el Decreto 999/92, norma dictada en cumplimiento de una expresa delegación de la Ley Nacional 23.696 (conocida como “de Reforma Administrativa del Estado y Emergencia Económica”).

⁵²⁰ Cfr. BIANCHI, La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina..., tomo I, página 332.

ahora en estudio, encuentra limitadas también - en los entes creados por decreto - la potestad de intervenir al Concesionario y las que se les atribuye para el ejercicio de funciones jurisdiccionales⁵²¹.

Resumiendo, BIANCHI expone un criterio restrictivo aunque moderado. Conforme su tesis, es posible y necesario distinguir entre los entes reguladores creados por Ley del Congreso y aquellos creados por Decreto del Poder Ejecutivo. Si bien en ambos casos estos organismos pueden dictar normas y reglas para los servicios regulados, en el primer supuesto lo hacen en ejercicio de una delegación legislativa y sus reglamentaciones tendrán naturaleza de reglamentos “delegados” o “autónomos”, esto último en caso de tratarse de reglamentos dictados en ejercicio de potestades propias del ente.

En el segundo supuesto, entes creados por Decretos del Poder Ejecutivo, sus reglamentaciones serán fruto de competencias otorgadas para ejercer la potestad reglamentaria, debiendo limitarse a lo expresamente autorizado en las normas de su creación. Se advierte aquí también, es oportuno destacarlo, una identificación entre la función de regulación y el poder de policía.

Podría expresarse que BIANCHI asume una postura intermedia, pues, si bien limita la potestad reglamentaria de los entes creados por Decreto y sujeta en todos los casos el ejercicio de esta potestad a lo expresamente encomendado por las normas de su creación, también es cierto que no llega al extremo de negar el ejercicio de función reguladora a quienes denomina “entes de control”.

No obstante ello, se ha optado por “ubicarlo”, doctrinariamente hablando, entre los autores que asimilan la función de regulación al ejercicio del “poder de policía”, por el simple hecho de que, al identificar BIANCHI la “potestad reguladora” con la “potestad reglamentaria” del Estado, ya provoca inevitablemente, y tal vez sin ser esa la intención final, una serie de restricciones en el alcance de las competencias de los organismos de regulación.

⁵²¹ *Ibid.*, tomo I, página 303 y ss.

También entre los autores que identifican la regulación de los servicios públicos dentro del concepto de poder de policía, BARRA considera que, en lo que se refiere a la labor desempeñada por los entes reguladores, sus funciones de regulación se limitan al ámbito de lo que denomina “normas imperativas, no dispositivas, heterónomas y no autónomas, de aplicación directa y no indirecta, es decir a normas que nacen del legislador público (en sentido amplio) y que no son de aplicación subsidiaria a pesar de que se encuentran destinadas a regir relaciones entre particulares...”⁵²².

El último autor citado, luego de aclarar que sólo el Congreso de la Nación puede o tiene competencia para “regular”⁵²³, advierte que tal competencia puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo a través de los decretos de necesidad y urgencia o del régimen de delegación establecido en la misma Constitución Nacional, pero, en este último caso, sólo puede recaer en el Poder Ejecutivo y no en los entes reguladores.

De manera que, la regulación aplicada sobre los servicios públicos “es una competencia gubernamental, compartida, según sus correspondientes niveles, por las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno...” y los entes reguladores se limitan a establecer “regulaciones técnicas” que responden a “políticas regulatorias” establecidas previamente por los poderes del Estado⁵²⁴.

⁵²² Ampliar en Rodolfo C. BARRA, “Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional”, *Revista Jurídica de Jurisprudencia Argentina*, 2005 – III Número Especial, *El caso Ángel Estrada*, Nidia K. CICERO y Dense BLOCH, Coordinadoras. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires, 31 de agosto de 2005, página 12 (ver especialmente páginas 13 y 14).

⁵²³ *Ibid.*, página 14. Expresa BARRA que “... la competencia para regular pertenece al Congreso de la Nación, con una salvedad: el caso de la regulación de los servicios públicos (concepto cuya delimitación es particularmente compleja, pero debe siempre ser interpretada en sentido restrictivo).

⁵²⁴ Incluso, con un criterio particular, pero no sin fundamentos, el autor que seguimos considera que la tan ponderada independencia de los entes reguladores lo es solo respecto de aspectos técnicos (*Ibid.*, página 16). Más adelante nos referimos con mayor detenimiento a la “independencia” de los entes reguladores, im-

Respecto de la doctrina esbozada por BARRA, cabe destacar que la misma considera los actos emitidos por los entes reguladores “actos administrativos”, sean estos de carácter particular o general, aspecto fundamental que es tratado y compartido, con una serie de advertencias y aclaraciones, más adelante.

Finalmente, corresponde tener en cuenta que la jurisprudencia no es ajena a ésta asimilación de la función de regulación con el “poder de policía”, pues si bien en el conocido pronunciamiento recaído en el caso “Estrada”⁵²⁵, la mayoría de la Corte se abstiene de hacer referencia al mismo, así como también de atribuir naturaleza jurídica alguna a la “función de regulación”, no ocurre lo mismo con los votos individuales que integran dicho pronunciamiento.

En efecto, respecto del pronunciamiento referido en último término, se advierte y destaca de su contenido que a criterio del Ministro Belluscio “... no resulta que el legislador haya querido atribuir al ente la resolución de controversias sobre daños y perjuicios reclamados por los usuarios con motivo de la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, pues el poder de policía atribuido al ente para regular y controlar aquélla no sirve de fundamento para decidir litigios entre particulares que deben resolverse, sustancialmente, por aplicación de normas de derecho común”⁵²⁶. Asimismo, la confusa normativa que se citara⁵²⁷, es adoptada por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación sin aclaración ni reserva alguna⁵²⁸.

prescindible en nuestra teoría pero que debe inevitablemente sustentarse en la “especialización” de sus recursos humanos.

⁵²⁵ Ver y ampliar el pronunciamiento emitido por la Corte Federal en el conocido caso “Estrada” (C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos”..., *passim*).

⁵²⁶ *Ibid.*, Considerando 12.

⁵²⁷ Nos referimos al derogado Decreto Nacional 999/92 (en cuanto a la confusión señalada, sugerimos la lectura y comparación de los artículos 17° y 71°).

⁵²⁸ Ver al respecto C.S.J.N., “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional (P.E.N. – Ministerio de Eco. Obras y Serv. Públ. y otros s/ amparo ley 16.986” (14 de septiembre de 2000). En general, el fallo citado es provechoso, no

Luego de analizar - en el título siguiente - las posturas que atribuyen cierta independencia a la función reguladora del Estado, se volverá sobre el análisis del concepto “poder de policía”, para luego si emitir una opinión final.

- c) Doctrinas que distinguen la función reguladora como una potestad jurídicamente autónoma

Entre los pocos autores de la doctrina jurídica especializada que dedicaron sus estudios a esbozar una teoría de la regulación, sin limitarse al análisis de las competencias y potestades de los entes reguladores, una tercer postura encontramos en MATA, para quien la función reguladora “no se agota en un contenido de control ni tampoco consiste en una manifestación del poder de policía dirigida a los servicios públicos.”⁵²⁹

En el pensamiento de MATA la regulación en su componente normativo poco tiene que ver con el poder de policía, al cual considera una “potestad reglamentaria de los derechos individuales que se relaciona con la concurrencia sobre los bienes comunes y esta incluida en la zona de reserva del legislador”⁵³⁰. En este sentido, el autor que ahora analizamos otorga a la función reguladora suficiente autonomía jurídica, jerarquizándola además por encima de las actividades de contralor⁵³¹.

obstante lo cual sugerimos especialmente la lectura del considerando 18° (sobre el final de este trabajo, volvemos sobre este pronunciamiento y realizamos un análisis más pormenorizado de su contenido).

⁵²⁹ Ver al respecto Ismael MATA, “Panorama del Control sobre los Entes Reguladores”. *Revista Jurídica El Derecho, Suplemento Administrativo*, 30 de marzo de 2001, *passim*.

⁵³⁰ *Ibid.*, página 2, con cita de Bartolomé A. FIORINI, *Poder de Policía, Teoría Jurídica*, Alfa, Bs.As., 1962.

⁵³¹ Ver al respecto Ismael MATA, “Una visión sesgada de la regulación”. *Revista del Régimen de la Administración Pública*, N° 259, Buenos Aires, enero de 2000, páginas 101/107.

En la construcción de su trascendental doctrina sobre la función reguladora, MATA propone distinguir en las relaciones Contractuales del Estado con el sector privado aquellos “Contratos de desempeño” que disciplinan la relación del Estado con sus agentes de las empresas públicas, los “Contratos de Administración” entre Estado y empresas privadas y los “Contratos regulatorios” “comprendidos de los marcos regulatorios y títulos habilitantes a los que se sujeta la relación entre el Estado y los prestadores privados de servicios públicos de carácter monopólico”⁵³².

La importancia del instrumento contractual reside en la reducción de la incertidumbre y esencialmente en la concreción de niveles óptimos de seguridad jurídica, circunstancia imprescindible para alentar la inversión y la participación privada en las cuestiones públicas. No obstante ello, los contratos no siempre pueden salvar o prever todas las cuestiones que involucran su objeto. La posibilidad de cubrir contractualmente la totalidad de las contingencias que un servicio público enfrenta es improbable, más aún teniendo en cuenta los extensos plazos de vigencia de dichas contrataciones y la permanente variación de aspectos técnicos, económicos y financieros. Por ello es dable distinguir entre aquellos contratos completos e incompletos, aceptando entre ambas clasificaciones distintas graduaciones.

Tres son los motivos mencionados por MATA como sustento de la mas que frecuente utilización de Contratos incompletos en las relaciones jurídicas del Estado, a saber: el riesgo de negligencia o incapacidad de los agentes del Estado al cerrar pactos contractuales; el largo plazo de los contratos, especialmente los de servicios públicos, circunstancia que los expone a cambios políticos y económicos y; los continuos avances tecnológicos que hacen necesarias permanentes adecuaciones técnicas, jurídicas y económicas.

A partir de los contratos incompletos y de la frecuente utilización de éstos, cuando se trata de concesiones a personas privadas pa-

⁵³² Cfr. MATA, “Panorama del Control sobre los Entes Reguladores...”, página 2

ra la prestación de servicios públicos, el autor citado en el último término construirá su teoría de la función regulatoria, donde ésta se convierte en el principal instrumento para realizar adecuaciones contractuales que impidan ingresar al engorroso proceso de rediseño contractual e incluso que salven situaciones de conflicto donde tal vez la única salida sería la rescisión del Contrato, con o sin culpa de alguna de las partes.

Ahora bien, una vez conocidos, y aceptados, los fundamentos que justifican el carácter de “Contratos incompletos” que corresponde atribuir a los pactos del Estado con prestatarios privados de servicios públicos y el trascendental rol que juega la regulación económica en el seguimiento y adecuación de los mismos, es el momento de indagar respecto del órgano que, ha criterio de MATA, debe ocuparse de ésta última tarea.

Al respecto el autor cita la “teoría de la agencia y el principal”, la cual sostiene, básicamente, que en toda transacción, en mayor o menor grado, “se establece una situación caracterizada por una posición de superioridad de una de las partes y por información desigual entre ellas (asimetría)...”⁵³³.

En estas relaciones existe siempre un “principal” que detenta la propiedad de un activo, superioridad jerárquica o prioridad legal y un “agente” que es quien administra ese activo o lo gestiona por delegación. Casi siempre el “agente” estará mejor posicionado por manejar mayor y mejor información sobre el negocio que desean readecuar o sobre el cual desean dictar nuevas regulaciones, pues es él quien más conoce como funciona el negocio en la práctica.

Asimismo, el agente tendrá mayores posibilidades de conseguir informaciones o datos útiles sobre el negocio, lo cual puede llegar a ser muy oneroso y, aún así, inseguro para el principal⁵³⁴.

En el caso de las Concesiones de servicios públicos, el “principal” es el Estado y, frente a las frecuentes adecuaciones necesarias e

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ *Ibid.*, página 3

inevitables, necesita asegurarse los mecanismos para manejar permanentemente información suficiente desde el punto de vista técnico, económico y financiero y para obtener nuevos datos de manera confiable e inmediata. Esta es la función de los entes reguladores “en materia normativa y en su tarea de interpretación y aplicación de los marcos regulatorios y los títulos habilitantes”⁵³⁵.

En definitiva, MATA construye una doctrina superadora que incluye la incorporación de teorías económicas en la teoría jurídica general sobre los servicios públicos y su regulación, jerarquizando la labor de los entes reguladores y destacando el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los mismos como un elemento esencial para el mantenimiento de los contratos y su eficiencia.

La que podría denominarse “doctrina MATA” jerarquiza el ejercicio de la función reguladora por parte de organismos independientes y especializados y enaltece las tareas de los entes reguladores, no en particular sino en general. En efecto, en este caso la función de regulación adquiere autonomía respecto del concepto “poder de policía” y también respecto de la actividad de contralor.

Si bien entre la doctrina esbozada por MATA y la que impulsa el Profesor CASSAGNE existen importantes diferencias respecto del alcance de las competencias de los entes reguladores de servicios públicos que funcionan hoy en nuestro país, es trascendente remarcar también que, a pesar de tal desacuerdo, entre ambos existe un punto de confluencia respecto de lo que implica el ejercicio de la función de regulación.

En efecto, ambos autores enaltecen la función de regulación respecto de los servicios públicos y se ocupan de distinguir la misma de lo que denominamos “poder de policía”, sin embargo, MATA le atribuye a los entes reguladores el ejercicio pleno y exclusivo de tal función y CASSAGNE los reduce a meros organismos de contralor, sin perjuicio de reconocerles potestades para dictar normas técnicas, para resolver conflictos (sin que por eso sean considerados tribunales

⁵³⁵ *Ibid.*

administrativos) y para aplicar sanciones y penalidades a los sujetos regulados.

En este sentido, respecto del punto de coincidencia entre ambos autores a que hiciéramos referencia, y tal como lo expresáramos más arriba, MATA destaca especialmente que la regulación no consiste “en una especie del llamado “poder de policía” dirigido a los servicios públicos, ya que pese al contorno impreciso del concepto (poder de policía), si se lo entiende como la potestad de reglamentar los derechos individuales, incluida en la zona de reserva del legislador..., nada tiene que ver con la función reguladora...” pues tal actividad limitadora de los derechos individuales “... apunta solo a algunos componentes de la función...”, la cual, aclara expresamente el autor, se encuentra integrada por un complejo de subfunciones identificadas como subfunción normativa⁵³⁶, subfunción de controlar y sanción respecto de las obligaciones del prestador establecidas en los títulos habilitantes, subfunción de resolución de conflictos entre las partes, subfunción de incentivo⁵³⁷ y subfunción de pro actividad como instrumento de prevención de conflictos y estímulo de la eficiencia⁵³⁸.

Por su parte, CASSAGNE considera la función reguladora como “una de las funciones esenciales del Estado subsidiario que se configura básicamente - en su dimensión normativa - como una típica emanación del poder de policía”⁵³⁹, lo cual conduce a dos reflexiones elementales, a saber: que la función reguladora tiene otras dimensiones distintas de la “dimensión normativa” y que esas otras

⁵³⁶ Competencia para dictar normas de alcance general, sustancialmente de índole técnica, que completan el marco regulatorio y aseguran su aplicación.

⁵³⁷ Para lograr que la conducta del regulado se desenvuelva conforme lo que el autor denomina el “patrón regulatorio”.

⁵³⁸ Por todo lo expresado ver Ismael MATA, “La competencia de los entes reguladores”. *Suplemento de Derecho Administrativo*, 2006 - I, *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, 22 de febrero de 2006, página 29 (ver especialmente página 32).

⁵³⁹ Cfr. Juan Carlos CASSAGNE, “El futuro de los servicios públicos”, en *Desafíos de la Regulación*, *Jurisprudencia Argentina*, 2006 - III, *Número Especial*, Lexis Nexis, agosto de 2006, página 19.

dimensiones de la función reguladora no son emanaciones del “poder de policía” del Estado.

Y esto último que se expresa, encuentra un manifiesto fundamento cuando el autor referido en último término considera que “la regulación económica tiene hoy día un nuevo sentido como consecuencia de asignársele, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia...”, sin perjuicio de que le atribuye a la regulación la finalidad de “armonizar” los derechos de los prestatarios con los intereses de la comunidad⁵⁴⁰.

De este modo, salvando las diferencias respecto de las competencias de los entes reguladores, las “subfunciones” de MATA y las “dimensiones” de CASSAGNE parecen converger bajo la idea de un concepto que engrandece el ejercicio de la función reguladora del Estado y que, mas allá y sin perjuicio de limitarse al dictado de normas técnicas de mayor o menor jerarquía, cumple un rol mucho más trascendente y estratégico, en el marco de políticas de Estado preestablecidas y como forma de hacer las mismas operativas.

Hasta aquí corresponde extender el análisis doctrinario de las distintas posturas esgrimidas por algunos de los autores⁵⁴¹. Es oportuno

⁵⁴⁰ *Ibid.*, página 21.

⁵⁴¹ Es importante destacar, ante de finalizar este breve repaso doctrinario sobre el tema que nos ocupa, que elementales razones de espacio y de tiempo, sumadas a la necesidad de resumir el tema para mayor comodidad del lector, nos obliga a seleccionar los autores más representativos de los distintos criterios doctrinarios, para acercarnos a una sistematización de nuestro objeto de estudio. Esta circunstancia, lamentablemente, nos impide mencionar con la amplitud y dedicación que se merecen los importantísimos trabajos y estudios realizados por autores como COMADIRA, *Derecho Administrativo...*, página 241 y ss.), Jorge SARMIENTO GARCIA, *Concesión de Servicios Públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, *passim* y Oscar AGUILAR VALDEZ, “El acto administrativo regulatorio”, en *Acto Administrativo y Reglamento*, Publicación de las Jornadas sobre el tema organizadas por la Universidad Austral. Ediciones R.A.P., Buenos Aires, 2001, página 433 y ss. Véase también, del último autor citado, “Funciones Jurisdiccionales de los entes reguladores de los servicios públicos a la luz del control Judicial de la Administración con especial referencia al Ente Regulador del Gas y la Energía Eléctrica”, *Anuario de Derecho de la Universidad Austral* N° 1,

tuno destacar respecto de la doctrina erigida por el Profesor CAS-SAGNE sobre el tema, que intencionalmente se optó por limitar el estudio de la misma en esta parte del trabajo, especialmente porque se profundiza y completa su análisis en el Capítulo siguiente, conjuntamente con la de otros autores, sirviendo luego sus premisas fundamentales como principal sustento de la tesis final sobre la función de regulación.

4. ACTUALIDAD DEL INSTITUTO DEL PODER DE POLICÍA

a) Motivación del presente título

Teniendo en cuenta las reiteradas menciones realizadas en éste Capítulo respecto del instituto denominado “poder de policía”, el cual incluso se convierte en factor de distinción de las diferentes posturas doctrinarias sobre la función de regulación, consideramos sumamente útil e indispensable, antes de ingresar a una opinión definitiva, presentar una elemental reflexión sobre el denominado “poder de policía” y su actualidad normativa, doctrinaria y jurisprudencial.

Ello en el convencimiento de que tal “repaso” y “actualización” permitirá un mejor entendimiento sobre la trascendental distinción entre la función de regulación y el ejercicio por parte del Estado de la actividad limitativa de derechos individuales mediante el dictado de normas generales y abstractas.

En efecto, como criterio propio, que se intentará mostrar y fundar en adelante, el denominado “poder de policía” es un término de muy compleja explicación, especialmente teniendo en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia no han esbozado principios y reglas elementales que permitan acercar un mínimo grado de uni-

formidad y equilibrio sobre su significado, lo cual no autoriza a dudar sobre su utilidad.

Pero más allá de ello, también es necesario tener en cuenta que el “poder de policía” es un instituto innecesario para nuestro derecho e introducido atropelladamente en nuestro lenguaje jurídico por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación a principios del siglo XX, para luego ser esgrimido por la misma durante algunas décadas y posteriormente abandonado paulatinamente. Esta última y extrema afirmación es objeto de justificación y fundamentación en adelante.

b) Breve repaso histórico sobre el nacimiento y evolución del “poder de policía” en nuestro país

Sin lugar a dudas, el instituto del poder de policía es uno de los más discutidos del Derecho Administrativo⁵⁴², y su evolución a lo largo de nuestra historia constitucional, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, ha sido verdaderamente extraordinaria, especialmente con la aparición y posterior fortalecimiento de distintas posturas doctrinarias que tienden a negar su existencia o, al menos su utilidad⁵⁴³. Ello, sin perjuicio de advertir que en la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el concepto aparece esbozado en escasas oportunidades y con una muy li-

⁵⁴² Cfr. Luis Armando CARELLO, “El “poder de policía”. Modernas tendencias”. *Revista Jurídica La Ley 1994-D*, 687 (expresa el autor en la obra citada que “... La “policía” y el “poder de policía” se encuentran entre las instituciones más controvertidas y polémicas del Derecho administrativo. Ambas expresiones han sido utilizadas tradicionalmente por la doctrina, y aún hoy existen autores, legisladores y jueces que las emplean entre nosotros sin sentirse obligados a precisar sus alcances o formular reservas respecto de ellas. Sin embargo, desde hace ya mucho tiempo su uso despierta cuando menos desconfianza por el que se ha dado en llamar su carácter preconstitucional, anterior al Estado de Derecho...” (página 688).

⁵⁴³ Sobre la evolución del concepto en la doctrina nos remitimos a CARELLO, “El “poder de policía”. Modernas tendencias...”, *passim*, donde el autor desarrolla breve pero claramente las posturas negatorias.

mitada incidencia sobre el sentido y el contenido del pronunciamiento final⁵⁴⁴.

En efecto, y tal como se intenta demostrar en este título, es evidente la tendencia del Tribunal citado a omitir recurrir al denominado “poder de policía de la emergencia” como sustento de la normativa que diera lugar al calificado “corralito financiero”⁵⁴⁵ optando el mismo por referirse a los poderes constitucionales del Estado frente a una situación de crisis donde el “estado de necesidad” hace necesario afectar transitoriamente el ejercicio de los derechos, como el de propiedad, sin anular el derecho mismo sino solo postergando su normal ejercicio⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Aunque no sea una tarea sencilla, invitamos al lector a re - leer, teniendo en cuenta lo expresado, los últimos pronunciamientos relacionados con el tema que nos ocupa, para constatar lo que advertimos. Por nuestra parte, hemos analizado, entre otros los siguientes pronunciamientos, todos ellos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía - Banco Central -)”, del 27 de diciembre de 1990, *Suplemento Emergencia Económica y Teoría del Derecho - La Ley 1991-C*, 158; “Cocchia, Jorge D. c. Estado nacional y otro”, del 2 de diciembre de 1993, *Suplemento Emergencia Económica y Teoría del Derecho - La Ley 1994-B*, 643; “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, del 5 de marzo de 2003, *Suplemento Especial Emergencia Económica y Recurso Extraordinario - La Ley 2003-E*, 472; “Bustos, Alberto R. y otros c. Estado nacional y otros”, del 26 de octubre de 2004, *Revista Jurídica La Ley 2004 - F*, 713; “Galli, Hugo G. y otro c. Estado nacional”, del 5 de abril de 2005, *Revista Jurídica La Ley 2005-C*, 32.

⁵⁴⁵ Básicamente establecido mediante las leyes 25.557 y 25.561, los decretos 1570/01, 71/02, 141/02, 214/02 y 320/02, las resoluciones 6, 9, 18, 23 y 46 del 2002 del Ministerio de Economía de la Nación y de las comunicaciones “A” 3446, 3467 y 3468 del Banco Central de la República Argentina.

⁵⁴⁶ Ver al respecto C.S.J.N, “Bustos, Alberto R. y otros c. Estado nacional y otros”, *Revista Jurídica La Ley 2004 - F*, 713. Es destacable que, el sustento principal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso citado, no radica en la invocación de un supuesto “poder de policía de la emergencia” (concepto sólo referido una vez por el Tribunal y citando jurisprudencia de la Corte norteamericana) sino al ejercicio en determinadas condiciones de los poderes constitucionales del Congreso de la Nación. Al respecto expresa la Corte en el caso “Bustos” bajo análisis “... que, en ocasiones similares, se han enumerado ciertos requisitos -siguiendo especialmente a lo expresado por la Suprema Corte norteamericana en la causa *Home Building & Loan Association v. Blaisell*, 290 U.S.

Por otra parte, en idéntico sentido y sin ánimo de “descubrir intenciones” en los autores, sin que estas sean manifestadas expresamente por ellos, es oportuno destacar también, con las reservas del caso, la existencia de lucidos trabajos doctrinarios referidos a las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo, donde abundan las referencias a la potestad de legislar del Estado y su distribución constitucional conforme la denominada doctrina de la división de poderes, sin mencionar o calificar la misma como “poder de policía”⁵⁴⁷. Un

398, 440/48 [1934], referente, sin embargo, a un supuesto de moratoria hipotecaria- que deben necesariamente ser cumplidos por las normas de emergencia para resistir el control de constitucionalidad. Ellos son: 1º) Que se presente una situación de emergencia -declarada por el Congreso y con debido sustento en la realidad- que obligue a poner en ejercicio aquellos poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad; 2º) Que la ley persiga la satisfacción del interés público: ello es, que no haya sido dictada en beneficio de intereses particulares sino para la protección de los intereses básicos de la sociedad; 3º) Que los remedios justificados en la emergencia sean de aquellos propios de ellas y utilizados razonablemente; 4º) Que la ley sancionada se encuentre limitada en el tiempo y que el término fijado tenga relación directa con la exigencia en razón de la cual ella fue sancionada". A la luz de lo expuesto, de la evidencia de la situación, y a falta de prueba en contrario, los recaudos mencionados deben considerarse presentes en el sub examine (cfr. Considerando 9). Asimismo, más adelante agrega el Alto Tribunal que sólo teniendo en cuenta la realidad descrita es viable y provechoso examinar "... la posible pugna entre las normas atacadas y los preceptos constitucionales...", pues si bien el Tribunal estima que no puede discutirse que el derecho de propiedad está garantizado por el art. 17 de la Constitución, "... corresponde examinar... si las medidas económicas... afectan el mencionado derecho. En otros términos, si a pesar de las normas dictadas a fin de evitar que la situación de emergencia desembocara en la quiebra del sistema bancario y la pérdida de sus depósitos por la mayor parte de los depositantes, la propiedad de éstos sólo puede ser defendida mediante el reintegro de sus valores a breve plazo y en la moneda extranjera en que fueron inscriptos. Resulta indiscutible -en el somero examen que puede realizarse en un proceso sin pruebas- que la devaluación de la moneda nacional era una medida ineludible frente a la grave emergencia resultante del desfase de valor con el dólar estadounidense y el comienzo de una importante "corrida bancaria" (cfr. Considerando 10º).

⁵⁴⁷ Nos referimos concretamente al esclarecedor trabajo de Juan Carlos CASSAGNE, “La configuración de la potestad reglamentaria”. *Revista Jurídica La Ley 2004A, 1144*, donde el autor, refiriéndose a la normativa original de la Constitución Nacional, expresa que “... implicó un marcado apartamiento del modelo

breve repaso sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema desde sus inicios hasta nuestros días lleva a idéntico resultado.

Entrando al fondo del asunto, corresponde tener en cuenta que en la normativa de la Constitución Nacional, el término "poder de policía" es empleado escasamente en el texto vigente (a partir de la reforma de 1994)⁵⁴⁸, asimismo, si se atiende a la primer Constitución Argentina, de 1853, el término no aparece ni en los debates de la Convención Constituyente.

Por el contrario, la expresión "poder de policía", al menos como instituto del Derecho, surge en el lenguaje jurídico nacional como consecuencia de la recepción que nuestra Corte Suprema realiza de una construcción jurisprudencial norteamericana⁵⁴⁹, y es incorporada a como un medio o instrumento que justifique y legitime el ejercicio de potestades legislativas del Estado, a través del Congreso de la Nación, especialmente cuando de las mismas derivaren limitaciones en los derechos individuales⁵⁵⁰.

constitucional norteamericano seguido en cuanto a la forma federal de gobierno adoptada por nuestra Constitución ya que sin alterar su sentido y mediante una amalgama adaptable a la realidad vernácula, lejos de adherirse a la concepción plana de la ley (de inspiración rousseauiana) y a la consecuente concentración del poder normativo en el Congreso, vino a reconocer la aptitud del Poder Ejecutivo para dictar normas de carácter general, si bien dentro de los límites constitucionales previstos en la mencionada norma".

⁵⁴⁸ Sólo aparece una vez, cuando el artículo 75°, en su inciso 30° le otorga al Congreso de la Nación la atribución para "... ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República" y agrega a renglón seguido que "... las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

⁵⁴⁹ En la jurisprudencia norteamericana fue el juez Marshall en una sentencia del año 1827, el que acuñó el término bajo la fórmula "police power".

⁵⁵⁰ Ver al respecto el contenido del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta", *Fallos*, tomo 136:161 (del 28 de abril de 1922).

Respecto de esto último, si bien para “legitimar” o “justificar” el ejercicio de dicho “poder estatal” en casos concretos, en un primer momento la Corte Suprema de Justicia de la Nación acudió al juego armónico de los artículos 14º, primera parte⁵⁵¹ y 28º⁵⁵² de la Carta Magna⁵⁵³, cierto es que en el año 1922⁵⁵⁴, el mencionado Tribunal

⁵⁵¹ Expresa el texto constitucional que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”.

⁵⁵² Agrega el artículo citado en el texto, a modo de complementación limitante de lo expresado en el artículo 14º que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio...”.

⁵⁵³ En una primera etapa, la intervención del Estado se asocia íntimamente a la concepción liberal y su poder se limita a asegurar la seguridad, salubridad y moralidad pública. En un pronunciamiento conocido como “Plaza de Toros”, emitido el 13 de abril de 1869, donde se había impugnado por inconstitucional una ley de la Provincia de Buenos Aires, que prohibía la corrida de toros, expresa la Corte Federal que “Es un principio de derecho constitucional que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos”.

Unos años más tarde, al pronunciarse en el caso “Saladeristas”, donde se impugnó una ley de la Provincia de Buenos Aires del 6 de septiembre de 1871 que disponía la clausura de los establecimientos destinados al salado de carnes y grasas, por considerar los propietarios que la misma violaba el ejercicio de toda industria lícita y del derecho de propiedad - el derecho que se les había acordado fue consecuencia de un permiso - la Corte manifiesta que “los saladeristas de Barracas no pueden invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no sólo porque él se les concedió bajo condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o industria” y agrega el más Alto Tribunal Constitucional que “... la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal... pues esos derechos están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado (art. 2611, Código Civil). Como puede advertirse del texto citado, el objeto de la policía es salvaguardar la seguridad, salubridad y moralidad públicas, objetivos propios del Estado liberal y a medida que se avanza en la evolu-

ratifica la intervención del Estado sobre la propiedad privada y derechos adquiridos por los habitantes sin que exista afectación alguna a la salud pública, la higiene o la seguridad pública.

En la mencionada oportunidad, y para pronunciarse en el sentido indicado, la Corte Federal recurre por primera vez al instituto del “poder de policía”, e invoca simplemente la extraordinaria situación de crisis habitacional generada a partir de la recesión inmediata a la Primera guerra mundial, propia de los conflictos bélicos, cuando la ausencia de obras que permitieran atender las necesidades de vivienda y la gran oleada inmigratoria de fines del siglo XIX y comienzos del XX había producido una gran carencia de viviendas y su locación excesivamente onerosa.

Es decir, para ratificar la intervención del Estado sobre los contratos entre particulares, en el caso referenciado con el fin de asegurar provisoriamente una vivienda a aquellos inmigrantes que llegaban a nuestro país, el más Alto Tribunal Constitucional acude a un concepto jurídico hasta entonces “extraño” al Derecho Nacional – el de “poder de policía” – y originado en la jurisprudencia norteamericana, sin advertir que la misma Constitución de la Nación Argentina le ofrecía en su articulado un sustento mucho más solvente y acorde con nuestro orden jurídico y nuestra cultura.

A tal punto es así que, si analizamos las partes fundamentales del conocido fallo “Ercolano”, se advierte con nitidez la liviandad inexpresiva con que aparece el término “poder de policía” a la par de otros argumentos más reales, sensibles y contundentes desde el pun-

ción jurisprudencial argentina, el objeto de la policía se va agrandando, detectándose, concomitantemente, un cambio en la concepción del Estado.

⁵⁵⁴ Vid. C.S.J.N., “Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta...”. Si bien ya hicimos referencia a este trascendental pronunciamiento de la Corte Federal, conviene recordar que el mismo surge del conflicto planteado por un particular al impugnar la Ley 11.157 del 15 de septiembre de 1921, cuyo Artículo 1º disponía: “Desde la promulgación de la presente ley, y durante dos años no podrá cobrarse por la locación de casas, piezas y departamentos, destinados a habitación, comercio o industria en el territorio de la República, un precio mayor que el que se pagaba por los mismos el 1º de enero de 1920”.

to de vista socio - económico, que la misma Corte Suprema Federal destaca.

Esto se evidencia, especialmente, cuando el Tribunal expresa que "... interesa a la comunidad la situación económica de los distintos grupos que la constituyen, y tratándose como en este caso de la suerte de la mayoría de la población, no son solamente consideraciones de humanidad y de justicia social las que reclaman su intervención, sino también su interés directo ... ya que es elemental que una situación afligente del mayor número tiene que repercutir desfavorablemente sobre la economía general, dada la vinculación lógica de todos los intereses materiales"⁵⁵⁵.

En definitiva, aparentemente por una circunstancia fortuita más que por una verdadera construcción doctrinaria imprescindible, a partir del fallo citado en última instancia, el término "poder de policía" aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con una frecuencia creciente hasta la etapa final del siglo

⁵⁵⁵ *Ibid.* No caben dudas que, en el precedente "Ercolano", la Corte Suprema recorre con sus argumentos todos los ámbitos posibles, expresando al respecto, sólo a título enunciativo, que "... existen circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad. Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios...", agregando luego que "... ha existido una opresión económica irresistible, porque se ejercía sobre la base de una de las cosas más esenciales para la vida; sobre algo que es más indispensable que cualquier servicio público. Los medios de comunicación, la provisión de agua y el alumbrado pueden reemplazarse, si fueren excesivamente onerosos, por otros más rudimentarios. Es posible alimentarse o abrigarse más o menos bien. Todo esto es elástico y a la medida de la situación pecuniaria de cada uno. Pero no hay posibilidad de habitar parcialmente. Se tiene o no se tiene habitación...".

XX⁵⁵⁶, para decrecer paulatinamente en los últimos pronunciamientos ya citados⁵⁵⁷.

En efecto, se advierte de la lectura de las sentencias más recientes de la Corte Federal, que sus integrantes adoptan la postura que más se ajusta a derecho, y que consiste en legitimar (o no), la inter-

⁵⁵⁶ Ver y comparar al respecto, además de ya citado precedente “Ercolano”, cómo el Máximo Tribunal utiliza el instituto del “poder de policía” a modo “instrumento fundamental” para obtener otros objetivos, en los siguientes pronunciamientos: Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto, *Fallos* 136:59 (del 21 de agosto de 1922); Avico, Oscar c. De la Pesa, Saúl, *Fallos* 172:21 (del 7 de diciembre de 1934); Inchauspe Hnos., Pedro c. Junta Nacional de Carnes, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 36, página 703 (del 1º de septiembre de 1944); Nadur, Amar c. Borelli, Francisco, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 96, página 13 (del 15 de mayo de 1959); y Cine Callao, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 100, página 45 (del 22 de junio de 1960), entre otros.

⁵⁵⁷ Vid. y constatar en C.S.J.N., “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)...”, *passim*. A nuestro criterio, el pronunciamiento emitido en el caso referido, significa el inicio de un nuevo rumbo en la jurisprudencia de la Corte respecto de la incidencia del concepto de “poder de policía” como fundamento de sus pronunciamientos a favor del poder del Estado para limitar derechos individuales en razón del interés público. En este sentido, expresa la Corte en el considerando 17º del fallo bajo estudio que “... el estudio de facultades como las aquí ejercidas por parte del Poder Ejecutivo, guarda estrecha relación con el principio de la llamada “división de poderes, que se vincula con el proceso de constitucionalismo de los Estados y el desarrollo de la forma representativa de gobierno. Es una categoría histórica; fue un instrumento de lucha política contra el absolutismo y de consolidación de un tipo histórico de forma política. Se presenta como un sistema de restricciones a la actividad del poder para garantía de la libertad individual. Por él se reparten las atribuciones de la autoridad y se regula su acción en función de la preservación de la libertad, atribuyendo a los distintos órganos facultades determinadas, necesarias para la efectividad de las funciones que les asigna, y se asegura una relación de equilibrio, fijando órbitas de actividad y límites de autonomía, que al margen de su separación externa, no dejan de estar vinculadas por su natural interrelación funcional. Es un procedimiento de ordenación del poder de la autoridad; que busca el equilibrio y armonía de las fuerzas mediante una serie de frenos y contrapesos, sin que por ello deje de existir entre ellas una necesaria coordinación. En rigor, se trata de una teoría sobre la actividad del poder en el Estado, que atribuye a los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales el nombre de poderes y formula una división funcional del poder político con miras a garantizar la libertad individual”.

vención del Estado sobre el derecho de propiedad y sobre las relaciones jurídicas privadas, no a través de conceptos y construcciones jurídicas sino en realidades políticas, sociales y económicas⁵⁵⁸, realizando el correspondiente análisis, en profundidad, no sólo de los sucesos que motivan tales intervenciones sino también en la procedencia jurídica de las medidas adoptadas para subsanarlos⁵⁵⁹.

Así es como, paulatinamente, el articulado de nuestra Carta Magna va recuperando su protagonismo absoluto al momento de evaluar la legitimidad de las intervenciones del Estado en cuestiones

⁵⁵⁸ El conocido caso “Peralta”, más allá de que se comparta o no la forma y los argumentos con que resuelve el fondo de la cuestión planteada, contiene una verdadera “doctrina judicial” respecto del alcance del “poder” del Estado. Entre otras significativas expresiones del Tribunal en dicho pronunciamiento, y a modo de ejemplo, rescatamos la siguiente: “Como principio, el legislador está facultado para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Gobierno de la Nación. En correspondencia con los fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución, aquél cuenta con las facultades constitucionales necesarias para satisfacer los requerimientos de la sociedad, poner fin a los estados de emergencia y conjurar cuanto ponga en peligro la subsistencia del Estado. Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede “sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos”. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad. En esencia, se trata de hacer posible el ejercicio de las facultades indispensables para armonizar los derechos y garantías individuales con las conveniencias generales, “de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías, además de correr el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal”, puedan alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional...” (vid. C.S.J.N., “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía – Banco Central)...”, considerando 37, segundo párrafo).

⁵⁵⁹ Ver especialmente los siguientes pronunciamientos del más Alto Tribunal Constitucional: “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”. *Suplemento Especial Emergencia Económica y Recurso Extraordinario*, *Revista Jurídica La Ley* 2003-E, 472; “Bustos, Alberto R. y otros c. Estado nacional y otros.”. *Revista Jurídica La Ley* 2004 - F, 713 y “Galli, Hugo G. y otro c. Estado nacional”. *Revista Jurídica La Ley* 2005-C, 32.

económicas y sociales, productoras de limitaciones en los derechos individuales en casos concretos, siempre bajo premisas de validez preestablecidas, como ser la transitoriedad de las medidas, la suspensión pero no anulación de los derechos afectados y la razonabilidad de la medidas adoptadas, las cuales deben responder, además, a los principios de proporcionalidad y equidad.

- c) Potestades reglamentarias del Poder ejecutivo: la situación actual del poder del Estado para limitar derechos individuales mediante el dictado de normas generales y abstractas en Argentina

Tal como se intentó demostrar fundadamente en el título anterior, desde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación incorpora a nuestro derecho el instituto del “poder de policía”, en la segunda década del siglo XX, tanto en los ámbitos académicos como en los lineamientos jurisprudenciales y doctrinarios, la doctrina nacional a utilizado el término “poder de policía” para referirse básicamente a la potestad de limitar derechos individuales en orden al interés público por parte del Congreso de la Nación, a través de normas generales y abstractas.

Pues bien, aceptando que el instituto del “poder de policía” pretende referirse al poder del Estado para establecer limitaciones generales y abstractas sobre los derechos individuales, un mero análisis superficial sobre la normativa constitucional y legal vigente en nuestro país respecto de tal poder, permite comprobar que el mismo se encuentra mayormente a cargo del Órgano ejecutivo, en detrimento del legislativo. Para demostrar esta afirmación basta con analizar tres facultades constitucionales del Poder ejecutivo y una facultad de origen legal aprobada recientemente.

En primer término los reglamentos delegados. A partir de una cláusula constitucional introducida en la reforma de 1994, las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo, incluyen aquellas reconocidas y ejercidas a través del sistema de delegación del poder de poli-

cía – del Poder Legislativo en el Poder Ejecutivo –, debiendo siempre respetarse las condiciones cualitativas y cuantitativas establecidas por la misma Constitución⁵⁶⁰.

Se trata, al decir de CASSAGNE de “... de normas generales dictadas por la Administración en base a una autorización o habilitación del Poder Legislativo, regulando materias de competencia del legislador...” es decir “... sobre materias que, si bien deben ser reguladas por la ley, el Congreso ha decidido que lo sean por la Administración”⁵⁶¹.

En segundo lugar, el “poder estatal limitativo de derechos individuales”, que se viene desentrañando lentamente en este título, aparece fuertemente descargado en el Poder **Ejecutivo a partir del reconocimiento de amplias facultades reglamentarias** mediante el dictado de los denominados decretos de necesidad y urgencia⁵⁶², reconocimiento que primero se realiza a través de la jurisprudencia de nuestros **tribunales**⁵⁶³ y, a partir de la reforma de 1994, también se encuentra previsto en la normativa constitucional⁵⁶⁴.

En este sentido, es importante destacar que los decretos de necesidad y urgencia se han convertido en un instrumento fundamen-

⁵⁶⁰ Ver y comparar el Artículo 76° de la Constitución Nacional.

⁵⁶¹ Ampliar en CASSAGNE, “La configuración de la potestad reglamentaria...” (ver especialmente página 1155).

⁵⁶² Con absoluto acierto, y de un modo categórico, se ha expresado en la doctrina especializada que “A partir de la reforma (de 1994), puede afirmarse que el derecho de necesidad, con todas sus ventajas pero también con todos sus riesgos e inconvenientes, ha adquirido carta de ciudadanía constitucional, por lo que ya no tiene sentido discutir si la procedencia de esta clase de reglamentos se apoya en el ensanche, o bien, en la superación de las fuentes constitucionales. En tal sentido, su validez constitucional encuentra apoyo expreso en el art. 99 inc. 3° de la Constitución reformada” (lo expresado entre paréntesis nos pertenece) (CASSAGNE, “La configuración de la potestad reglamentaria...”, p. 1157).

⁵⁶³ Sin perjuicio de otros pronunciamientos de importancia, destacamos el profundo tratamiento que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el conocido caso “Peralta” (C.S.J.N., “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía – Banco Central)...”, *passim*).

⁵⁶⁴ Ver al respecto Artículo 99°, inciso 3.

tal para el cumplimiento del complejo sistema de atribuciones y deberes que la Constitución organiza y pone a cargo del Poder Ejecutivo, aún cuando es importante acompañar lo expresado con una advertencia especial respecto del carácter excepcional de los mismos y la necesidad de respetar las formas, procedimientos y demás requerimientos establecidos en la cláusula constitucional referida.

En un tercer orden, no sería completo el análisis del tema si se **dejara** de hacer referencia a los denominados “decretos de promulgación parcial de las leyes”, los cuales suelen ser objeto de un tratamiento menos frecuente en los ámbitos doctrinarios y académicos, sin que por ello sean menos importantes al momento de estudiar el denominado “poder de policía”.

Al respecto, la Constitución Nacional prevé ya una regulación específica sobre los mismos, con aspectos de fondo y de forma que exigen una especial atención de la doctrina y los tribunales judiciales⁵⁶⁵.

Finalmente, y en cuarto orden, siempre en el marco de éste somero repaso sobre las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo Nacional en la Argentina, merece una especial referencia la delegación realizada en el Jefe de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional respecto de la concentración y redistribución de partidas presupuestarias previstas en el Presupuesto Anual aprobado por el Congreso de la Nación para cada año.

⁵⁶⁵ Establece al respecto el artículo 80° de la Constitución Nacional que: “Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia”. Por su parte, complementando la cláusula citada, establece el Artículo 100° de la Carta Fundamental, respecto del Jefe de Gabinete de ministros, que le corresponde “... 13. Refrendar conjuntamente con los demás Ministros los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”.

Al respecto, es oportuno recordar aquí que la Ley 24.156 de Administración Financiera del Sector Público comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado⁵⁶⁶ y está integrada por los sistemas presupuestario, de crédito público, de tesorería y de contabilidad⁵⁶⁷.

Pues bien, el Artículo 75, inc. 8 de la Constitución Nacional establece que es atribución del Congreso fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas, y, en este esquema distributivo de competencias y potestades, el texto original del artículo 37° de la Ley 24.156 establecía que por vía de la reglamentación se establecen los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general, quedando reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades⁵⁶⁸.

El sistema de fijación y ejecución del presupuesto de gastos y recursos, sustentado en el citado artículo 37° y la correspondiente cláusula constitucional, es crucial para el sistema institucional argentino impidiendo que el presidente de la República se convierta en un

⁵⁶⁶ Ver al respecto Artículo 2° de la Ley 24.156.

⁵⁶⁷ Vid. Artículo 5° de la Ley 24.156.

⁵⁶⁸ Expresamente establece el artículo 37° de la Ley 24.156 que “La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. Quedarán reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades”.

soberano, por encima de la ley y la Constitución, al redistribuir o concentrar partidas presupuestarias. Especialmente teniendo en cuenta que ello no sólo afectaría el sistema de división de las funciones estatales en ejercicio del poder sino también las potestades de las provincias, representadas en el Congreso Nacional.

No obstante ello, hacia fines del año 2006, el Congreso de la Nación modifica el artículo 37º, variando de manera irracional y afectando aspectos sustanciales del sistema referido, al establecer que el Jefe de Gabinete de Ministros, podrá disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias, dentro del total aprobado por cada presupuesto⁵⁶⁹.

Es decir, se autoriza al Jefe de Gabinete a modificar partidas presupuestarias – redistribuyéndolas o concentrándolas – mediante decisiones administrativas que carecen de control alguno por parte del Congreso. Se sustrae, de este modo, al Congreso de la Nación una atribución por principio indelegable y se atribuye al Poder Ejecutivo la potestad para asignar los dineros públicos, de modo permanente y sin necesidad de que haya emergencia declarada de algún tipo.

Sin perjuicio de advertir y respetar la naturaleza de “delegación legislativa” que cabe atribuir al nuevo sistema creado y aprobado por

⁵⁶⁹ Ley 26.124, sancionada el 2 de agosto de 2006 y promulgada el día 7 del mismo mes y año, que establece: “ARTICULO 1º – Sustitúyase el artículo 37 de la Ley Nº 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, por el siguiente: Artículo 37.- La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. Quedan reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto. El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. A tales fines, exceptúese al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el artículo 15 de la Ley Nº 25.917. El incremento de las partidas que refieran gastos reservados y de inteligencia sólo podrá disponerse por el Congreso de la Nación.

el Congreso de la Nación, es oportuno también destacar que la magnitud e importancia del objeto de la delegación en este caso, impacta con fuerza sobre los cimientos del sistema tradicional de ejercicio del denominado “poder de policía” y provoca intensos temblores sobre sus bases más elementales, transmitiéndose por sus ramas cual savia envenenada, alterando y contaminando gravemente sus principios elementales.

- d) La división de poderes y el poder de policía. La estructura constitucional vigente

Lo que venimos expresando hasta aquí, procura demostrar cómo la Constitución Nacional, especialmente a partir de la reforma operada en el año 1994, ha innovado considerablemente sobre la distribución del ejercicio de potestades reglamentarias limitativas de los derechos individuales en el ámbito nacional, lo cual además, por nuestro sistema federal de Gobierno, impacta fuertemente sobre la distribución del ejercicio del poder de policía entre el Estado Nacional y cada una de las provincias argentinas.

En efecto, no debemos perder de vista que el Congreso de la Nación es el órgano de poder que reúne a los representantes del pueblo de cada una de las provincias, es el único ámbito de poder nacional donde dicha “porción” del pueblo argentino, mayoritaria por cierto y principal sostén económico del país, puede manifestar su voluntad, objetar políticas del Gobierno Nacional, participar en la designación de los jueces de la Nación y en el juzgamiento de su conducta, llegando incluso a la remoción de los mismos, objetar la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, analizar, opinar y aprobar el Presupuesto Nacional del año siguiente, documento que contiene los montos a destinar al ámbito educativo, salud, seguridad, obras públicas, servicios públicos etc.. Estas, entre muchas otras funciones y facultades, cuya mención obviarnos por razones de espacio.

A esta altura de la exposición, se han creado ya las condiciones como para reafirmar, con los sustentos y fundamentos expuesto,

aquella opinión inicial en el sentido de que, en la actual estructura constitucional argentina y en las normas operativas contenidas en las leyes dictadas en su consecuencia⁵⁷⁰, el ejercicio de lo que tradicionalmente se conoce como “poder de policía”, se haya esencialmente en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional y se ejecuta a través de sus facultades para: 1. emitir reglamentos autónomos⁵⁷¹; 2. dictar reglamentos de ejecución de las leyes, reglamentándolas sin alterar su espíritu⁵⁷²; 3. dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, en materias que corresponden al Congreso de la Nación, respetando los requisitos y formas preestablecidos⁵⁷³; 4. ejercer la actividad legislativa delegada en el marco del sistema establecido por la Constitución Nacional⁵⁷⁴; 5. promulgar leyes de manera parcial⁵⁷⁵; 6. efectuar reestructuraciones de partidas presupuestarias⁵⁷⁶ y; 7. ejercer las funciones y atribuciones que derivan de la normativa legal y reglamentaria aprobada en virtud de la declarada y prorrogada Ley de emergencia económica⁵⁷⁷.

De manera que, de acuerdo al contexto constitucional y legal referenciado, es muy poco lo que el Congreso de la Nación se ha reservado como ejercicio concreto del “poder de policía”, lo cual, tal vez, desde cierto punto de vista no debería ser criticado negativamen-

⁵⁷⁰ Especialmente las leyes 25.561 (y sus sucesivas prórrogas), 26.122 y 26.124.

⁵⁷¹ Ver al respecto Artículo 99º, inciso 1º y artículo 100º de la Constitución Nacional.

⁵⁷² Así lo establece el Artículo 99º, inciso 2º de la Constitución Nacional.

⁵⁷³ Ver al respecto Artículo 99º, inciso 3º de la Constitución Nacional y su reglamentación aprobada por Ley 26.122, Título III, Capítulo I y demás normas relacionadas.

⁵⁷⁴ Vid. Artículo 76º de la Constitución Nacional y su reglamentación aprobada por Ley 26.122, Título III, Capítulo II y demás normas relacionadas.

⁵⁷⁵ Vid. Artículo 80º de la Constitución Nacional y su reglamentación aprobada por Ley 26.122, Título III, Capítulo III y demás normas relacionadas.

⁵⁷⁶ El ya citado Artículo 37º de la Ley 24.156 (modificado por Ley 26.124).

⁵⁷⁷ En general, corresponde remitirse a la Ley 25.561, sus sucesivas prórrogas y reglamentaciones.

te sin antes tener en cuenta la evolución jurisprudencial del concepto y contenido del poder de policía en nuestro país.

En efecto, el estudio de la evolución jurisprudencial referida en el párrafo anterior permite descubrir, conforme se analiza en detalle más arriba, de que manera la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha extendido sus alcances (los del poder de policía), al punto que es prácticamente imposible predecir sus límites, pues los actos del Estado que afectan derechos individuales son ahora analizados en su contenido y aplicación para cada caso concreto.

De manera que no existe un perímetro claro y predeterminado donde puede ejercerse válidamente el poder del Estado – “poder de policía” para algunos -, dependiendo en todos los casos de la justificación fáctica de tal intervención y del cumplimiento de los requerimientos pretorianos de transitoriedad, postergación pero no anulación de derechos y razonabilidad, equidad y proporcionalidad en las medidas adoptadas.

Ahora bien, en el marco referenciado, corresponde preguntarse hasta donde es válido juzgar críticamente el nuevo sistema constitucional descrito hasta aquí, especialmente cuando se tiene en cuenta que las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo Nacional deben estudiarse en el marco de las cláusulas correspondientes y sus fuentes conocidas, sin realizar comparaciones infundadas o prejuiciosos tendenciosos. A partir de esta afirmación, son tres a nuestro criterio las conclusiones posibles, a saber:

En primer lugar, advertimos especialmente sobre la necesidad de analizar el tema desde nuestro derecho, teniendo en cuenta que, como bien enseña Cassagne al **estudiar** las fuentes de la constitución nacional, en lo referente a las potestades del poder ejecutivo nacional, nuestra carta fundamental se aparta del sistema establecido en la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en el cual el presidente posee tales potestades de manera restringida⁵⁷⁸.

⁵⁷⁸ Cfr. CASSAGNE, “La configuración de la potestad reglamentaria...”, página 1145. Expresa al respecto el autor citado, que “... el diseño constitucional ar-

Por el contrario, en el criterio aquí compartido del autor citado en último término, la Constitución Argentina presenta un sistema que atribuye amplias potestades reglamentarias al Poder Ejecutivo, característica destacable ya en el texto de 1853, pero incrementado y fortalecido con la reforma de 1994 y el dictado de las leyes 25.561, 26.122 y 26.124, tal como se advirtiera en el punto anterior⁵⁷⁹.

En segundo lugar, tampoco es conveniente ni justo desconocer la utilidad y el sentido práctico del régimen referido en el marco de nuestro sistema federal de gobierno, en virtud del cual conviven numerosos gobiernos provinciales y, en cada uno de ellos, un número ciertamente exagerado de gobiernos locales, como ser departamentos, municipios, comunas y juntas vecinales, entre otros.

Un Poder Ejecutivo fuerte y dotado de las potestades suficientes permite uniformar el ordenamiento jurídico básico, evitar la sobreabundancia de normas locales y enfrentar las situaciones de emergencia o de necesidad con mayor solvencia⁵⁸⁰. Claro que, todo

gentino implica en esta materia otro de los apartamientos fundamentales del modelo estadounidense, sin que tampoco quepa una asimilación plena con los sistemas europeos en los que abrevan algunas de las nuevas instituciones. En rigor, se ha ido plasmando un sistema original y complejo que, en gran parte, se halla fundado en antecedentes de nuestra propia realidad”.

⁵⁷⁹ Lo cual tampoco es una característica inédita a nivel mundial, pues la tendencia actual reconoce al Poder ejecutivo facultades más amplias. “... en las concepciones adoptadas en los ordenamientos constitucionales inspirados en la doctrina de la división de los poderes, se reconoce en la actualidad (con mayores o menores limitaciones) un cierto margen de arbitrio al poder ejecutivo para la producción de normas generales y abstractas, sin que este proceso haya ocasionado la conculcación de las libertades y demás derechos fundamentales de las personas... lo que importa es el contenido de la norma y sus consecuencias perjudiciales o disvaliosas, lo cual no implica ignorar el interés político que posee la cuestión, particularmente en el ámbito de las relaciones intrapoderes” (cfr. CASSAGNE, “La configuración de la potestad reglamentaria...”, p. 1162).

⁵⁸⁰ Lo cual no significa desconocer los derechos de las provincias ni aceptar abusos injustificados. Así, se ha expresado que “En cualquier país que cuenta con dilatado territorio y autonomías provinciales cuyos intereses se encuentran en pugna muchas veces con los del conjunto representado por el Estado Federal, en el que resulta necesario aún superar la anarquía y en el que continúa siendo im-

ello será ventajoso y positivo, sólo en la medida que el Poder Ejecutivo Nacional actúe democráticamente y en plena concordancia con los principios de legalidad constitucional, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.

En tercer lugar, respecto de la incidencia que tiene atribuir mayores potestades reglamentarias al Poder Ejecutivo sobre el sistema de división de poderes de la Constitución Nacional, es permitido y razonable entender que la cuestión no afecta su “esencia”, en la medida que no existe una fórmula única que legitime dicho sistema, ni existe un modelo universal cuyo acatamiento estricto permite denominar a un sistema como de “división de poderes” y a otros no. Por el contrario, la teoría de la división de poderes predica la necesidad de asegurar un control mutuo entre los poderes del Estado, pero no la primacía de uno sobre otro⁵⁸¹.

Ahora bien, en sentido opuesto al expresado hasta aquí, sí es necesario prestar la debida atención a las posibles incidencias que las variaciones en el sistema de división de poderes provocan sobre las potestades provinciales, cuando se aplica en un sistema federal de gobierno como lo es el que rige en Argentina.

De manera entonces que, el debate sobre la división de poderes no pasa en el sistema democrático argentino por una cuestión de “representatividad” (en la medida que el **presidente** es el elegido por

prescindible reforzar la unidad nacional... la idea alberdiana de estructurar un Poder Ejecutivo fuerte y supremo, "para hacer posible con el peso de su autoridad la ejecución de las leyes" y los fines estatales, resultó un verdadero acierto político... El diseño de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1853, que la actual reforma constitucional ha mantenido en sus grandes lineamientos, ha sido, aun con todo el bagaje de desaciertos y errores en que se incurrió en algunos casos, un instrumento eficaz que justifica el dictado de normas generales tendientes a resolver una serie de situaciones que precisan definirse con urgencia para superar un determinado estado de necesidad así como para emitir normas en materia de administración y emergencia pública, a través de la técnica de la delegación legislativa, que ahora posee un "status" constitucional positivo y expreso (CAS-SAGNE, “La configuración de la potestad reglamentaria...”, p. 1163).

⁵⁸¹ *Ibid.*, página 1150.

el pueblo), sino de ejercicio del poder en el marco del sistema federal (en la medida que el Congreso de la Nación es el órgano donde se hayan representados los intereses y derechos de las provincias)⁵⁸².

5. CONCLUSIONES

Es necesario estudiar el poder de policía en Argentina, partiendo siempre de tres cuestiones elementales:

i. La primera de ella es histórica y aparece con la confusión generada por cultivar el tema a partir de la doctrina judicial norteamericana, olvidando o no dando importancia al hecho de que no es la Constitución de ese país la que sirvió de fuente al sistema de la Constitución Nacional. Al menos no fue la única fuente ni la principal.

ii. La segunda cuestión de importancia es el efecto de la reforma constitucional de 1994, en la cual se incorpora a la Constitución Nacional las potestades de emitir reglamentos delegados y de necesidad y urgencia y se fortalece las potestades co-legislativas del ejecutivo respecto de la promulgación parcial de las leyes.

iii. En un tercer orden de cuestiones a tener en cuenta para un correcto estudio del denominado “poder de policía”, es fundamental atender a la legislación constitucional dictada por el Congreso de la Nación, con especial referencia a las leyes nacionales 25.561 (y sus correspondientes prórrogas), 26.122 y 26.124.

En este contexto, se ha intentado demostrar con los fundamentos debidos, que tanto el Poder legislativo, a través de las leyes del Congreso de la Nación, como el Poder Judicial, a través de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, han diagramado y legitimado un sistema en el cual el poder de policía se haya, fundamentalmente, en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional y esta es una

⁵⁸² *Ibid.*, página 1151.

situación, insistimos, aceptada por los órganos de Poder de la República.

Por tal motivo, se considera necesario abandonar ya actitudes de sorpresa y desazón ante eventuales delegaciones efectuadas por el Congreso de la Nación en el Poder Ejecutivo y ante pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que legitiman el ejercicio de potestades reglamentarias por parte del Poder Ejecutivo mediante el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Ello en la medida que no se produzca exceso alguno sino solo la aplicación de los principios y reglas establecidos en la Constitución Nacional.

Sin embargo, también debe aceptarse con justicia, que el sistema normativo argentino se empaña, en algunos casos, por la tibieza intelectual de que adolecen algunos legisladores, lo cual, entre otros muchos males, genera normas ambiguas y contradictorias, o que, lamentablemente, no llegan a establecer con ímpetu y convicción la “orden normativa” buscada por sus motivadores.

Pues esa misma **tibieza** amenaza con avanzar sobre el nuevo sistema de distribución del ejercicio del poder de policía, lo cual debe advertirse especialmente e incorporarse a los debates y opiniones de la doctrina especializada, porque pone en riesgo el funcionamiento pacífico y normal del eje central que mueve la actividad del estado⁵⁸³.

⁵⁸³ En este marco, sin juzgar el sistema establecido, y respetando sus bases metodológicas, nos atrevemos a sugerir la adecuación de algunos detalles respecto de la “trascendental” Ley 26.122, que, sin anular el sistema actual, seguramente coadyuvaran a perfeccionarlo a favor de su eficiencia; a saber: i. La Comisión Bicameral Permanente, es un órgano con funciones sumamente importantes y esencialmente técnicas, motivo por el cual debería conformarse o integrarse con especialistas en derecho administrativo y demás antecedentes y condiciones exigidas para los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. ii. Los dictámenes de la Comisión Bicameral, sin ser vinculantes para las Cámaras legislativas, deberían publicarse e informarse al Poder Ejecutivo y Judicial. iii. Las Cámaras del Congreso de la Nación deberían pronunciarse “expresamente” y en un plazo determinado sobre los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes. Si las Cámaras no se pronuncian expresamente dentro del plazo se debería convocar a sesión permanente e ininterrumpida, hasta que se

adopte una decisión al respecto. iv. El Congreso de la Nación establece, luego de reglamentar el procedimiento para el tratamiento de los decretos referidos, que sin perjuicio de la reglamentación, conserva su facultad derogatoria sobre los mismos documentos jurídicos. Al respecto, debemos tener en cuenta que la legislación sobre las formas y procedimientos para el dictado de decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes procura limitar eventuales excesos o abusos por parte del poder administrador, lo cual es necesario y positivo, pero además la reglamentación que estudiamos procura también fortalecerlos, legitimarlos e insertarlos definitivamente en el ordenamiento jurídico nacional. Esto es así desde que existen, insistimos a fuerza de ser reiterativos, dos situaciones o tratamientos posibles respecto de las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo, por una parte su prohibición, dejando tales potestades a cargo del Congreso Nacional, por la otra su permisión, sujeta a determinados principios y reglas de fondo (de contenido) y procedimentales. La Constitución Nacional optó por éste segundo sistema y al dictar la Ley 26.122 se obró en su consecuencia, mas allá y sin perjuicio de que esas normas pueden ser admitidas por algunos y criticadas por otros, pues se trata de lo dispuesto por nuestra Carta Magna y es nuestro deber cívico respetarlo estrictamente. Por ello no puede admitirse que el Congreso de la Nación, al reglamentar los artículos pertinentes de la Constitución Nacional, deje abierto un marco de inestabilidad e incertidumbre acerca de la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación, pues ello genera un estado de inseguridad jurídica mucho más gravoso que la misma existencia de este tipo de documentos. En definitiva, cuando luego de reglar las cuestiones de fondo y de forma para el dictado y validez de los decretos bajo análisis, las Cámaras del Congreso de la Nación se reservan el derecho de revocar tales formativas, aún cuando ya se hubieran ejercitado los pasos que ellas mismas establecen en la Ley 26122, se pone en grave riesgo la estabilidad jurídica e institucional. La norma que criticamos, por reservar al Congreso de la Nación sus facultades derogatorias, aún cuando se hubieran salvado los demás pasos establecidos, debe suprimirse o derogarse inmediatamente o, de lo contrario tal vez sea mas conveniente derogar el texto completo de la Ley 26122 y volver al sistema anterior, por el cual el Congreso de la Nación, previo dictamen de la Comisión Bicameral Permanente, decidía sobre la norma en cuestión. Téngase especialmente en cuenta para entender lo terminante de nuestra postura, que la “nueva” distribución constitucional del ejercicio del poder de policía en Argentina, que favorece notoriamente al Poder Ejecutivo Nacional, dará lugar seguramente al nacimiento de múltiples derechos y obligaciones, contratos públicos y privados, relaciones societarias, procedimientos para el pago y cobro de deudas pendientes, negocios jurídicos varios e infinidad de relaciones jurídicas cuyo sustento normativo serán los principios y reglas, de fondo y procedimentales, aprobados mediante decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y de promulgación parcial de leyes. Nos atrevemos a decir que, después de un tiempo de vigencia de esta “nueva” distribución del poder de policía, la gran mayoría de las situaciones jurídicas de naturaleza

En definitiva, el poder de policía es, en el marco de las premisas expuestas, el poder del Estado para ejercer sus potestades en el ámbito de sus competencias y, ese poder, encuentra sus alcances y sus limitaciones en la normativa de la Constitución Nacional y las leyes dictadas en su consecuencia.

No debe entonces buscarse una definición de ese “poder de acción” o “de actuación” que tiene atribuido el Estado, sino más bien aplicar las cláusulas constitucionales e interpretar su contenido. En nuestro derecho no es indispensable construir doctrina alguna para legitimar al Poder Ejecutivo a ejercer potestades limitativas de derechos individuales, pues estas le han sido reconocidas expresamente por la Carta Fundacional.

En este marco, la función de regulación es una directa derivación del Estado como titular de los servicios públicos, y la misma puede ser ejercida desde la Administración centralizada o desde la descentralizada, como es el caso de los entes reguladores de servicios públicos.

El alcance y el contenido de dicha trascendental y estratégica “función de regulación”, no debe ser empañado y denostado mediante un análisis que pretenda establecer comparaciones con un instituto extraño, indefinido y, últimamente, también “abandonado” como es el “poder de policía”. En idéntico sentido, tampoco debe ser denigrada (la función de regulación) en el marco de los ambiguos y contradictorios principios contruidos en nombre del “poder de policía”.

La “función de regulación” debe estudiarse y sistematizarse conjuntamente con las demás funciones del Estado, en ejercicio de las atribuciones verdaderamente conferidas por Constitución de la Nación Argentina. Finalmente, corresponde agregar que, como bien

económica, social, técnica, política etc., habrán nacido al amparo y bajo la legitimación legal de éstos decretos. Por ello, reservar facultades derogatorias al Congreso de la Nación sobre dichas normativas es sujetar su vigencia a las representaciones políticas del momento y arrojar un riesgoso manto de sospechas y dudas sobre la efectividad del nuevo sistema.

se viene aclarando a lo largo de este estudio, la sistematización y conceptualización que se pretende se aplica específicamente sobre la “función de regulación” del Estado aplicada a los servicios públicos esenciales, lo cual no es un dato menor a la hora de conceptualizar la misma.

6. NUESTRA CONCEPCIÓN DE LA FUNCIÓN REGULADORA DEL ESTADO RESPECTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Teniendo en cuenta que, más adelante se analiza en profundidad el concepto de regulación, corresponde, para un mejor entendimiento del mismo y de sus fundamentos, comenzar por un repaso de las opiniones y construcciones doctrinarias, tanto desde el punto de vista de la economía como de la ciencia del derecho.

Sin perjuicio de ello, corresponde advertir que gran parte de la diversidad de opiniones existentes - y lo extremadamente opuestas que llegan a ser las distintas construcciones teóricas en algunos casos -, tanto respecto de los alcances como de las características de la función de regulación a cargo del Estado, tiene su origen en el igualmente “diverso” ámbito político, económico y social sobre el cual se ejerce tal función.

En otras palabras, y debido a ello, se considera inconveniente, a la vez que inútil, intentar construir una doctrina general de la regulación estatal, al tiempo que se opta por estudiar por separado los principios y reglas generales que rigen tal potestad del Estado, según sea que la misma se ejerza o no sobre actividades económicas destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población, es decir, sobre los denominados en la doctrina jurídica como “servicios públicos esenciales”.

Más sustenta y fortalece esta opinión el hecho de que, si se observan detenidamente los distintos conceptos que la doctrina jurídica analizada ha esbozado sobre la función de regulación, advertimos que, sin perjuicio de las diferencias marcadas entre ellas, existe una

evidente nota común, y es que, en todos los casos, la regulación parte de una limitación o restricción sobre el ámbito de libertad de acción y decisión de un sujeto.

Esa limitación o restricción puede aparecer de distintas formas, sea obligando al sujeto regulado a actuar o decidir en determinado sentido, bajo apercibimiento de aplicarle una sanción o sea mediante medidas indirectas y no coactivas, de manera que determinada conducta o decisión sea, para el destinatario del acto regulador, de consecuencias o efectos “más convenientes” a sus intereses que otras conductas o decisiones.

En efecto, si bien cada autor define a su manera el órgano del Estado que puede o debe ejercer la función de regulación respecto de los servicios públicos, y los procedimientos y formalidades que rigen o deben respetarse en su ejercicio, la base conceptual sobre la naturaleza de la regulación como restricción de la libertad de acción o elección - según el caso - no varía.

Pero por el contrario, al calificar jurídicamente tal limitación o restricción es cuando se producen las profundas diferencias entre - por una parte - quienes consideran que no existen motivos para otorgar a la función de regulación una entidad jurídica única y distinta del poder de policía que el Estado ejerce con idénticos fines y - por otra parte - quienes entienden que dicha autonomía jurídica es procedente.

No es fácil desentrañar los motivos que llevan a construir y sustentar las dos posturas básicas referidas, sin embargo sí es relativamente sencillo descubrir los efectos jurídicos que se producen sobre la organización administrativa, pues el hecho de identificar la función de regulación con el poder de policía del Estado conduce indefectiblemente a la centralización de su ejercicio en sólo dos poderes del Estado - Legislativo y Ejecutivo -, y bajo las condiciones establecidas constitucionalmente.

Al respecto, de conformidad a las fórmulas constitucionales vigentes, y como bien lo destaca CASSAGNE, una segunda consecuencia jurídica es la imposibilidad de que, en nuestro orden jurídi-

co, entidades creadas por el Congreso de la Nación – Poder Legislativo – reciban del mismo autorización alguna para dictar reglamentos, pues se trata de una función propia de dicho Poder y sólo posible de ser delegada en el Poder Ejecutivo. Siempre de conformidad con los términos y condiciones establecidos por la Carta Magna⁵⁸⁴.

De este modo, la postura que sustenta la equiparación jurídica entre el significado jurídico del término “regular” con el del término “reglamentar”, indefectiblemente conduce, sea esa su intención final o no, a restringir las potestades de los órganos del Estado encargados de ejercer la función de regulación – en el caso de los entes reguladores esto sucede en la medida que se trata de entes autárquicos creados por Ley -.

En este caso, los entes reguladores podrían ejercer actos de controlador, de sanción, de resolución de conflictos y cualquier otro que no configure el ejercicio de potestad reglamentaria, sin perjuicio de aquellos “aspectos de detalle” que no crean ni obligaciones ni derechos⁵⁸⁵.

Por el contrario, la postura de BIANCHI, a la que no obstante calificamos como “restrictiva” del concepto de regulación, no afecta el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los entes reguladores, pues, como el mismo autor lo señala, en éste caso se entien-

⁵⁸⁴ La Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, incorpora al artículo 76° las condiciones bajo las cuales es posible que el Poder Legislativo delegue en el Poder Ejecutivo el dictado de normas generales y abstractas. Básicamente, existe una prohibición inicial, para luego autorizar la delegación en el Poder Ejecutivo por razones de emergencia pública y en materias determinadas de administración, con plazo fijado para su ejercicio y conforme las condiciones que el mismo Congreso – poder delegante – establezca. Sobre el tema sugerimos la lectura de Alberto B. BIANCHI, “Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional”. *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 17, página 399 y también Armando N. CANOSA, “La delegación legislativa en la nueva constitución”, en Juan Carlos CASSAGNE (Director), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, página 179.

⁵⁸⁵ Aclaración que realiza el mismo Profesor CASSAGNE, conforme viéramos más arriba (Vid. CASSAGNE, “La configuración de la potestad reglamentaria...”, p. 1163).

de que no existe impedimento constitucional alguno para que el Poder Legislativo delegue el ejercicio del poder de policía en entidades descentralizadas.

Sin embargo, esa circunstancia no debe conducir a la conclusión de que los entes reguladores podrán desempeñar en un marco de constitucionalidad las competencias que las leyes les otorgan⁵⁸⁶, pues al restringir BIANCHI el concepto de “regulación” a lo meramente reglamentario, tiende un manto de dudas sobre el ejercicio, por parte de los organismos mencionados, de la potestad sancionatoria, así como también sobre la posibilidad de que los mismos resuelvan conflictos, adopten medidas de protección del medio ambiente, de defensa de la competencia y de los demás aspectos que las leyes les encomiendan⁵⁸⁷, y, más importante aún, se limita considerablemente el ámbito de discrecionalidad de los entes reguladores, con lo cual afecta gravemente la eficacia y eficiencia de las medidas regulatorias.

Asimismo, también corresponde preguntarse si con asimilar la función de regulación al ejercicio del poder de policía, se satisfacen realmente las necesidades con que se enfrenta un regulador en su actividad diaria, y la respuesta es indefectiblemente negativa. Pues es fácilmente comprobable que el ejercicio de una potestad reglamentaria delegada tiene importantes limitaciones, partiendo de la necesidad de sujetarse, con exclusividad, a lo expresamente encomendado por las leyes y continuando, luego de la vigencia del artículo 76° de la Constitución Nacional, con la importante limitación temporal que surge de dicha cláusula.

Todo lo explicado, de aplicarse en materia regulatoria, seguramente provocaría un grave estado de inseguridad jurídica e incertidumbre económica, al presentar, las decisiones que se adopten en la práctica regulatoria diaria, una debilidad intolerable y perjudicial,

⁵⁸⁶ De esto se trata, pues tal es la cuestión que pretendemos desentrañar.

⁵⁸⁷ Ver por ejemplo, las normas sobre accesibilidad de los servicios, prórrogas de habilitaciones, otorgamiento de nuevas concesiones y de planificación, entre otras, que surgen de las respectivas leyes y que analizaremos con detenimiento y reflexión más adelante.

derivada de la temporalidad de las medidas y de la inminente “revocación” de las potestades “delegadas” en los mencionados organismos de regulación (entes reguladores).

Igualmente, en el marco de los contratos incompletos, de las bases económicas de los servicios regulados, de los cambios tecnológicos - frecuentes durante los extensos períodos de vigencia de las concesiones - y de la necesidad de orientar conductas hacia la satisfacción del interés público, es posible aseverar con suficiente seguridad, que a un “regulador” de servicios públicos esenciales no le basta con ejercer una “potestad reglamentaria delegada”, para cumplir acabadamente sus cometidos. Ello teniendo en cuenta, especialmente, que en el orden jurídico de la Argentina se encomienda a los organismos reguladores “hacer todo lo necesario para asegurar la calidad y eficiencia de los servicios bajo regulación y control”.

En otras palabras, los sujetos reguladores especializados, indefectiblemente, se convierten en el más importante instrumento que posee el Estado para impulsar, mediante el dictado de reglas, la eficiencia de los servicios públicos esenciales. Asimismo, en el marco de servicios privatizados, es también el ente regulador una permanente fuente de información para el Estado que permite mantener en el mismo, a pesar de la Concesión o Licencia, un importante grado de conocimiento sobre los distintos aspectos de los servicios públicos y con ello manejar con solvencia y eficacia las negociaciones con los prestatarios privados. Todo ello - como bien lo señala MATA - en el marco de “contratos incompletos” que, como tales, exigen permanentemente adecuaciones técnicas, jurídicas y económicas⁵⁸⁸.

Finalmente, antes de ingresar al Capítulo donde se intentará construir un concepto de la “regulación estatal” que satisfaga las necesidades aquí planteadas, es imprescindible advertir - nuevamente - que la dilucidación de dicho concepto debe indefectiblemente tener

⁵⁸⁸ Ver y ampliar en Ismael MATA, Panorama del control sobre los entes reguladores, Suplemento de Derecho Administrativo, Revista El Derecho del 30 de marzo de 2001, *passim*.

en cuenta el marco de nuestro estudio, es decir, los “servicios públicos esenciales”.

En tal sentido, no es la intención de este trabajo conceptualizar la regulación pública en general o aplicada sobre cualquier actividad, sino específicamente la regulación pública destinada a actividades que por estar destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población han sido sometidas por ley formal a un régimen jurídico especial que hemos denominado “de servicio público. Esta última característica constituye una razón jurídica válida para justificar un tratamiento diferenciado respecto de los denominados “servicios públicos”, en comparación con las demás actividades económicas⁵⁸⁹, en lo atinente a los alcances y características de la regulación a ejercitarse sobre ellos.

Esta realidad es tenida muy en cuenta durante el desarrollo de este trabajo, y se fundamenta – dicho tratamiento diferenciado – en las siguientes bases elementales: a.- titularidad estatal sobre la actividad; b.- satisfacción de necesidades básicas de la población a través de la misma y; c.- riesgo de abusos por situaciones de monopolio y de competencia imperfecta.

⁵⁸⁹ Esto es así no sólo por las fallas que el mercado de un servicio público pueda presentar – monopolios y externalidades negativas, por ejemplo – sino por el simple hecho de tratarse de actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población.

CAPÍTULO VI

EL CONCEPTO DE REGULACIÓN, APLICADO A LAS ACTIVIDADES BAJO ESTUDIO

1. ANÁLISIS PREVIO SOBRE LA GRAVE CONFUSIÓN CONCEPTUAL

El término “regulación” ha recibido un extenso tratamiento tanto en el ámbito de la doctrina económica como en el campo del derecho, resultando de ello la atribución de múltiples significados que, si bien en algunos casos significan importantes aportes para su perfeccionamiento, en otros casos sólo contribuyen a crear confusión y afectar su normal ejercicio diario⁵⁹⁰.

Por éste motivo, se ha considerado oportuno y sumamente útil intentar al menos una sistematización de los distintos aportes doctrinarios existentes⁵⁹¹, para llegar a configurar un concepto de regulación que reúna los aspectos positivos de las distintas teorías existentes. Sin perjuicio de ello, y aún cuando la naturaleza del presente

⁵⁹⁰ Coincidentemente con nuestra opinión, en la doctrina especializada se ha expresado que “... La expresión “regulación” es frecuentemente utilizada tanto en un contexto legal como fuera de él. No es un término unívoco y ha recibido variadas acepciones. Algunas veces es utilizada para indicar cualquier forma de control de conductas, cualquiera sea su origen; en otras es utilizada en un sentido político (normalmente de ideologías liberales) para referirse a los efectos perversos de la regulación sobre la economía en general o sobre un sector en particular...” (vid. Mariano CARBAJALES, *El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, página 87).

⁵⁹¹ Es decir, intentaremos dividir la doctrina en sectores y, dentro de ellos analizaremos los distintos modos de conceptualizar el término bajo análisis.

estudio sin dudas orientará el análisis y sus conclusiones hacia lo “jurídico”, se tendrán en cuenta todos los detalles de importancia, y las consecuencias de su aplicación, en las áreas dominadas por la ciencia económica, política y social.

Sin embargo, uno de los motivos que mas aporta a la confusión generalizada se origina en la variedad de disciplinas que utilizan el término para identificar parte de sus actividades o para hacer referencia a sus objetivos. Así es como, el concepto de regulación sirve tanto a las ciencias políticas como a las ciencias sociales, económicas y jurídicas⁵⁹², cada una de las cuales adopta para sí el significado más útil para sus intereses y que responde a fines preestablecidos, lo cual no hace más que contribuir al desconcierto.

Si hubiese un concepto básico y único de la regulación, tal circunstancia no debería generar confusión alguna, ni convertirse en un impedimento para que cada disciplina recurra a dicha noción, empleándola como un medio instrumental que coadyuve al cumplimiento de sus fines. Esto es así, especialmente por que se trata de un término flexible, cuya amplitud conceptual habilita su utilización multidisciplinaria.

Con la premisa expuesta en último término, en el presente Capítulo se procura justamente desentrañar aquellos aspectos comunes e identificar la mayor cantidad de similitudes posibles, con el objetivo de trazar un camino que nos conduzca hacia la elaboración de un concepto de regulación útil y funcional a todas las disciplinas, no obstante y sin perjuicio de las adecuaciones puntuales que cada una de esas disciplinas puede y debe realizar.

Un segundo aspecto a tener en cuenta al embarcarnos en la búsqueda de una noción base y de la sistematización, del término regulación, es su esencia subsidiaria.

⁵⁹² Cfr. Gaspar ARIÑO ORTIZ y Juan Miguel De La CUÉTARA, “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos”, *Cuaderno de Derecho Público*, n° 9, Instituto Nacional de la Administración Pública - Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, enero - abril de 2000, citado en CARBAJALES, *El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado...*, página 105.

En éste sentido, al menos desde el punto de vista de “lo público”, regular implica un “hacer”, traduce una relación de predominancia o supremacía de un sujeto sobre otro u otros, se sustenta en la necesidad de “ordenar” algo, de hacerlo operativo y útil, y su principal característica – ¿virtud? – es que tal situación de supremacía y obediencia ha sido previamente consensuada por todas las partes interesadas, simplemente, porque conviene a todas esos intereses representados en ellas.

En efecto, sin lugar a dudas, nada provoca más daño al desarrollo normal de una actividad económica que la ausencia de un “regulador” preseleccionado y con competencias y potestades bien definidas, pues dicha ausencia no implica para sus actores “libertad” sino “incertidumbre”, ni significa el “derecho ilimitado” sino una riesgosa exposición al “abuso del más fuerte” y a las actitudes y conductas irracionales e indecorosas.

Y esto es así porque la regulación independiente y especializada es sinónimo de seguridad jurídica y estabilidad económica. Lo más seguro para los agentes involucrados en una actividad económica, incluidos los consumidores o usuarios, es la existencia de un sujeto que, actuando bajo ciertas condiciones básicas que luego se estudiarán en detalle, se ocupe de aplicar en cada caso concreto el derecho vigente, de practicar lo justo, de resolver los conflictos lógicos e inevitables, de advertir eventuales fallas y de castigar las acciones que intencionalmente dañan al sistema o a alguno de sus integrantes.

Igualmente, sin provocar modificaciones irracionales o infundadas, ese sujeto se ocupa también de concretar las actualizaciones y complementaciones necesarias sobre el orden normativo vigente, a los efectos de evitar que el sistema sea afectado por reglas inaplicables, inconvenientes o simplemente por vacíos normativos. Es decir, situaciones no previstas en un primer momento.

Esta actividad, que algunos denominan o identifican con la potestad reglamentaria, en realidad forma parte de la “necesidad reguladora” y siempre debe atender a los fines del sistema regulado, bajo apercibimiento de ser tachadas de irracionales o deformar su natura-

leza, por favorecer a uno o varios intereses pero no al interés de todos.

Porque las actividades económicas necesitan sustentarse en un orden jurídico justo y abarcador, pero por su naturaleza variable, ese orden debe partir de una base normativa flexible, que ofrezca alternativas de soluciones eficientes y eficaces para el tratamiento de cada caso concreto y que además se actualice periódicamente.

Ahora bien, cuando el caso concreto se presenta, la alternativa válida, la solución más justa, debe ser aplicada coactivamente por una autoridad independiente y especializada, que transmita confianza e inspire el pacífico acatamiento de sus decisiones en los actores involucrados. Aún en aquellos a los cuales no les convenga la solución del caso específico, pues ellos saben que en otra oportunidad la decisión los favorecerá⁵⁹³. Normas flexibles – de actualización periódica – de cumplimiento rígido, es una fórmula que sólo funciona con un sistema adecuado de regulación.

2. LA REGULACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA

En la doctrina económica, VICKERS y YARROW han publicado en el año 1991 un importante trabajo que ayuda a encontrar algunas luces respecto de la visión y utilidad que la regulación tiene para las ciencias económicas. Luego de analizar las ventajas y desventajas de la privatización de empresas públicas, los autores citados ingresan al tratamiento de la “actividad competitiva” en los mercados, definiéndola como un “sistema de incentivos y mecanismo de des-

⁵⁹³ Relata OPPENHEIMER que cierta vez un reconocido economista del Massachusetts Institute of Technology (MIT), Rudiger Dornbush, visitó la Argentina y en una conferencia le preguntaron el motivo por el cual el país mencionado tenía tantas dificultades para crecer, a lo cual respondió: “Los países desarrollados tienen normas flexibles de cumplimiento rígido. Ustedes tienen normas rígidas de cumplimiento flexible” (vid. Andrés OPPENHEIMER, *Cuentos Chinos. El engaño de Washington, la mentira populista y la esperanza de América Latina*, Editorial Sudamericana, 2005, página 33).

cubrimientos en un mundo de información imperfecta” y calificándola como un verdadero “estímulo de la eficiencia interna (al igual que la eficiencia de la asignación de recursos)”⁵⁹⁴.

Partiendo de esta base, los autores bajo estudio concluyen en que el proceso competitivo “proporciona en muchas circunstancias un sistema de incentivos que impele a las empresas privadas a comportarse en formas por lo general consistentes con la asignación eficiente de los recursos”⁵⁹⁵, siendo el principal beneficio de la competencia el sistema de incentivos que crea y mantiene. Cuando esa competencia no existe, lo grave de su ausencia es la falta de incentivos naturales hacia las empresas para que actúen conforme el interés público, por lo cual debe establecerse una “política regulatoria que establezca “artificialmente” un nuevo sistema de incentivos.

Sin embargo, a la hora de poner nombre al rol que, tanto el gobierno como las empresas, cumplen en un mercado ávido de los beneficios de la competencia, VICKERS y YARROW identifican o describen una situación de enfrentamiento entre ambos, al considerar la falta de competencia como “un juego” en donde se enfrentan gobierno y empresa, siendo el principal enemigo del gobierno la asimetría informativa que le impedirá conocer a fondo los niveles de producción, precios, costos, etc.

En éste marco, entonces, la regulación se convierte en un “arma” que el Gobierno del Estado utiliza para influir sobre el mercado a los efectos de crear un sistema de incentivos que, con la mayor naturalidad posible pero sin dejar de constituir medidas esencialmente artificiales, simulen la existencia de ciertos niveles competitivos, al tiempo que guíen u orienten las decisiones económicas del sector privado para conformarlas o acercarlas al interés público⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Cfr. John VICKERS y George YARROW, *Privatization: An Economic Analysis*, 1998, The Mitt Express, Cambridge, Massachusetts, página 72.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, página 77.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, página 79/80. Más adelante volveremos sobre el problema de los incentivos en la regulación.

Por su parte, en un profundo estudio del término incluido en su trabajo sobre la economía política de la regulación, Barry M. MITNICK⁵⁹⁷ advierte primeramente que debe distinguirse entre la regulación gubernamental – la que terminaría abarcando toda actividad que afecten operaciones de empresas privadas o la vida de los ciudadanos – y la denominada regulación económica.

Para MITNICK la regulación sería una interferencia “de algún tipo” en determinadas actividades, considerando a la “interferencia” como un impacto externo sobre determinada conducta que provoca una desviación – respecto de lo que ocurriría -. Advierte también el autor referido en último término que dicha interferencia afecta la actividad regulada pero nunca llega a sustituirla⁵⁹⁸. Concluye entonces en cuatro definiciones sobre regulación que es muy importante citar aquí y tenerlas en cuenta en adelante:

i. En una primera acepción del término regulación, MITNICK considera la misma como una restricción intencional de la elección de actividades de un sujeto, que proviene de una entidad que no es parte directa ni está involucrada en dicha actividad.

ii. Con una concepción menos intervencionista, en la segunda acepción del término, el autor que seguimos representa la regulación como un “acto de vigilancia”, conformado internamente y emitido en atención a una meta preestablecida, que impacta sobre la elección de actividades de un sujeto y que proviene de una entidad que no es parte directa ni está involucrada en dicha actividad.

iii. En tercer término, o como una tercer acepción del término “regulación”, también se insiste en atribuirle un significado equivalente a la “vigilancia”, pero esta vez de acuerdo con una regla – no con una meta -, “acto regulatorio” que igualmente se orienta sobre la elección de actividades de un sujeto y que proviene de una entidad que no es parte directa ni está involucrada en dicha actividad.

⁵⁹⁷ Ver al respecto Barry M. MITNICK, *The Political Economy of Regulation*, Columbia University Press, New York, 1980, página 24 y ss.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, página 26.

iv. Finalmente, MITNICK intuye la regulación como una “policía administrativa pública” de una actividad privada, establecida o practicada teniendo en cuenta una regla prescrita en el interés público. En este caso, “el contraste entre lo público - administrativo con lo privado satisface la exigencia de que la entidad reguladora no sea una parte directa ni esté involucrada en la actividad del regulado...”⁵⁹⁹.

Al menos para el presente trabajo, interesa particularmente la cuarta definición, pues pareciera ser la que se refiere específicamente al objeto trazado en la primera parte del estudio y a lo que supuestamente le interesa al lector, es decir, la regulación de lo privado por parte de lo público.

En el pensamiento de MITNICK la regulación puede ser objeto de una conceptualización amplia o restrictiva. La definición amplia concibe la regulación como una restricción intencional de la elección de actividades de un sujeto, por quién no es parte en la actividad. La definición restrictiva considera a la regulación como la actuación del sector público sobre el privado para orientar la actuación de este último hacia una regla prescrita en interés público.

Ahora bien, interesa aquí retener, por su trascendencia a la hora de conciliar posturas doctrinarias y en la búsqueda de un concepto único de la regulación pública, la identificación que el último autor citado realiza entre “regulación estatal” y “policía”, pues esta postura lleva a tipificar la regulación como una actividad esencialmente de control sobre reglas preestablecidas.

En éste último caso, todavía deberíamos desentrañar qué alcance tiene ese control, es decir, si se detiene en una mera verificación del estado de cosas y contraste entre lo realizado y lo que la regla decía que debía realizarse o si incluye también otras funciones, como puede ser la aplicación de sanciones ante eventuales incumplimientos y la elaboración de nuevas reglas o adecuación de las existentes.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

Por otra parte, LAHERA considera que la regulación es “un ejercicio normativo” respecto de una actividad productiva, reservado para aquellos casos en que existen fallas del mercado que hacen imposible confiar en la competencia como factor de eficiencia. Pero inmediatamente, el autor referido en última instancia, amplía ilimitadamente la justificación del ejercicio de la potestad regulatoria por parte del Estado, al agregar como su causa “razones “sociales” que la justifiquen”.

Asimismo, si bien para LAHERA ese “ejercicio normativo” que significa “regular” normalmente se realiza desde el sector público hacia el sector privado, nada impide que se realice con participación del sector privado y/o hacia agencias públicas⁶⁰⁰. Esta cuestión, como se verá, no es pacífica y merece un tratamiento especial por su importancia.

El objetivo de la regulación sería entonces crear en el mercado – imperfecto por distintas circunstancias – condiciones aptas para la normal operación de las empresas, la protección e información de los consumidores y la reglamentación de tarifas y calidad⁶⁰¹, distinguiendo, dentro de la política regulatoria, una regulación estructural – estructura de la industria – y una regulación de conductas – sobre los participantes de un sector⁶⁰².

En otro orden, LAHERA se refiere o distingue un tipo de regulación económica y otra social, sin embargo, en su concepción se advierte que ambas tienen el mismo origen, aunque distintos fines. En efecto, si bien la supuesta regulación social está dirigida a la salud, el ambiente, la seguridad del trabajador, el interés de los trabajadores, etc., aparece, en la concepción del autor bajo estudio, como una derivación o ampliación de los alcances de la regulación económica, en la medida que nace cuando las “fallas del mercado” se con-

⁶⁰⁰ Vid. Eugenio LAHERA, *¿Que hay de nuevo en las regulaciones?*, publicación conjunta CLAD - EUDEBA, Buenos Aires, 1998, página 12.

⁶⁰¹ *Ibid.*, página 13.

⁶⁰² Sobre esta distinción volveremos más adelante.

vierten en “fallas sociales” y cuando no basta para superar esas “fallas” ni la simulación de la competencia ni reglas sobre las estructuras del sector⁶⁰³.

Esta última distinción conduce por prudencia a advertir con énfasis sobre los peligros de una regulación “social” indiscriminada, pues pareciera que la misma sólo admite como solución la intervención estatal. Y no debe olvidarse que la intervención estatal tiene sus propias reglas⁶⁰⁴, que establece riesgosas – o al menos inciertas – posiciones de poder y que las lagunas del mercado, cuando no se salvan del modo más “natural” posible suelen convertirse en “lagunas del Estado”.

El Estado debe abstenerse de intervenir en el mercado. Ante la existencia de fallas, su rol será el de suplirlas mediante incentivos y, sólo cuando ese “sistema de incentivos” demuestre ineptitud para atenuarlas o subsanarlas, y las fallas subsistan en perjuicio de alguna de las partes, puede admitirse una intervención más directa.

3. EL CONCEPTO DE REGULACIÓN EN EL CAMPO DEL DERECHO

En el ámbito de la doctrina jurídica, el Profesor CASSAGNE conceptualiza la regulación económica como “... una de las funciones esenciales del Estado subsidiario, que se configura básicamente - en su dimensión normativa - como una típica emanación del denominado poder de policía...”. Sin embargo, el mismo autor advierte acertadamente que “...la regulación económica tiene hoy día un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, entre otras, la función

⁶⁰³ Cfr. LAHERA, ¿Que hay de nuevo en las regulaciones?..., página 22.

⁶⁰⁴ En la doctrina económica especializada, alguna vez se ha expresado que “la intervención del Estado en el mercado está sometida a sus propias leyes, no aprobadas por una Cámara, sino científicas (Cfr. Milton y Rose FRIEDMAN, *Free to choose*, traducción de Planeta-Agostini, 1979, página 13).

de estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los consumidores...”⁶⁰⁵.

A criterio del autor que analizamos, “el término regulación económica o en una de sus modernas acepciones “regulación incentiva”, significa simplemente la idea que la mejor forma de regulación es aquella que alienta naturalmente a la empresa regulada a comportarse en el interés de sus clientes...”⁶⁰⁶ y considera al mismo “servicio público” “... una pieza clave para regular las prestaciones esenciales o primordiales que necesitan los habitantes”⁶⁰⁷.

En los textos transcriptos, CASSAGNE deja entrever la especial manera de manifestarse que tiene la regulación estatal, en la medida que tiene atribuido un fin esencial como es el de orientar las acciones de la empresa regulada hacia el interés público, pero no solo con sanciones por actos que atenten contra dicho fin o con órdenes de obligatorio cumplimiento, sino fundamentalmente mediante la adopción de medidas – directas e indirectas – que incentiven al regulado a actuar de la manera más conveniente para el bien de todos.

Un segundo dato de interés que surge explícito de las expresiones transcriptas, es la noción de servicio público como “técnica de regulación”, es decir que, al menos en una de sus posibles concepciones, que no tiene porqué contradecir u oponerse a otras nociones tradicionales, el servicio público deja de ser sinónimo de “actividad económica orientada a la satisfacción de necesidades esenciales de los habitantes” para convertirse en una técnica que recae sobre dichas actividades y de ese modo procura – mediante órdenes o incentivos – que las mismas se presten en vista al interés público en juego. En otros términos, el servicio público como técnica de regulación se

⁶⁰⁵ Vid. Juan Carlos CASSAGNE, “El servicio público y las técnicas concesionales...”, página 1179.

⁶⁰⁶ Cfr. Juan Carlos CASSAGNE, “Presente y futuro de la regulación económica”. *Revista Jurídica La Ley*, 1996-C-1122, página 1129.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, páginas 1129/32.

propone obtener un equilibrio entre el ánimo de lucro y el bienestar general⁶⁰⁸.

Corresponde destacar aquí, por la importancia de la doctrina y por una cuestión de respeto hacia el autor, la postura restrictiva que manifiesta CASSAGNE en sus últimos trabajos respecto del ejercicio de la función de regulación por parte de los entes reguladores de servicios públicos⁶⁰⁹, seguramente impulsado por la particular situación

⁶⁰⁸ Es importante destacar especialmente, de la opinión transcripta, la función de estímulo y protección de la competencia que asume la regulación económica en el marco de los servicios públicos esenciales y de qué manera la calificación de una actividad como servicio público esencial se constituye en un instrumento de regulación de la actividad misma, pues es el punto de partida para la adopción de decisiones obligatorias respecto de los prestatarios y también para el dictado de un cúmulo de deberes generales.

⁶⁰⁹ Ver y ampliar en CASSAGNE, “El futuro de los servicios públicos”, *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, 2006 – III, Número Especial, *Desafíos de la Regulación*, página 19 y ss. La postura que referimos en el texto, primeramente fue expuesta en la conferencia brindada por el autor citado (denominada “Prospectiva de los servicios públicos”), en las Jornadas sobre Servicios Públicos, regulación y control, Salta, noviembre de 2003. Su construcción doctrinaria parte de identificar la regulación, en su faz normativa, con la función reglamentaria del Estado. En dicha línea, considerando el autor que la potestad reglamentaria está reservada en la Constitución Nacional al Congreso de la Nación y excepcionalmente – por vía de la delegación – al Poder Ejecutivo, no puede el primero delegar dicha potestad en entidades descentralizadas sin menoscabar las atribuciones constitucionales del segundo de los poderes mencionados. Veamos como lo plantea la doctrina de origen. Como expresáramos más arriba, el Profesor Cassagne, entiende la regulación económica como una de las funciones básicas del Estado subsidiario que “comprime el ámbito de la libertad en el campo económico a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas con la finalidad de armonizar los derechos de los prestadores de los servicios públicos... con los intereses de la comunidad...”. Sin embargo, y aún cuando el autor citado cimienta una doctrina que exalta el concepto de la regulación estatal, al momento de analizar la estructura administrativa que debe preverse a los efectos del ejercicio de la regulación económica por parte del Estado, el mismo autor niega la posibilidad de que el Parlamento confiera a los “entes de control” un poder regulatorio autónomo o delegado, teniendo en cuenta para ello que el sistema constitucional argentino ubica la competencia para el dictado de normas generales en cabeza del Congreso Nacional y en segundo lugar en el Ejecutivo, a través - en

que atraviesan dichos organismos en nuestro país a partir de la crisis económica sucedida en el año 2001.

En efecto, no puede dejar de afectar las opiniones doctrinarias la fuerte “crisis de identidad” que atraviesan las instituciones de regulación en Argentina y el hecho de que algunos de los denominados “entes reguladores” hayan desaparecido, como es el caso del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, ni que otros hayan sido intervenidos, caso del E.Na.R.Gas o hayan perdido niveles óptimos de independencia, caso de la Comisión Nacional de Comunicaciones. Por su parte, el E.N.R.E. conserva un alto grado de especializa-

este último caso -, de reglamentos de ejecución o delegados. De manera que al Congreso de la Nación le estaría vedado delegar el ejercicio de potestad reglamentaria en entes descentralizados de control, pues ello sería soslayar las atribuciones constitucionales del Órgano Ejecutivo. Sin perjuicio de ello - prosigue el análisis del autor citado - reservando y resguardando íntegramente las potestades reglamentarias del Órgano Ejecutivo, los entes de control pueden “reglar aspectos de detalle que no impliquen la creación ex - novo de obligaciones y derechos”. La postura del autor que ahora analizamos es, sin dudas, restrictiva respecto de la potestad reglamentaria de los entes reguladores, como entidades descentralizadas, dejando en cabeza del Congreso y del Ejecutivo - mediante el dictado de reglamentos de ejecución o delegados - el ejercicio de la función reguladora, entendida ésta - insistimos - como “dictado de normas”. En definitiva, a criterio del Profesor Cassagne el dictado de reglas y normas para la prestación de los servicios públicos es potestad del Congreso de la Nación conforme lo establecido por la Constitución Nacional, la cual en su artículo 42° encomienda al legislador el dictado de marcos regulatorios. Asimismo, por vía de la delegación legislativa, art. 76° de la Constitución Nacional o del dictado de reglamentos de ejecución, artículo 99° inciso 2° de la misma Carta Magna, el Poder Ejecutivo puede también dictar normas que deberían adecuarse plenamente a las normas legales vigentes. En el marco del criterio que analizamos, los entes reguladores no serían tales, sino meros entes de control que limitarían sus competencias a la verificación del cumplimiento por parte de los prestatarios de los servicios públicos de la normativa que emana de los marcos regulatorios y de los títulos habilitantes, pudiendo en su caso aplicar sanciones y dirimir conflictos entre prestatarios y usuarios. Es importante advertir que, en este caso, se dificulta notoriamente la posibilidad de distinguir entre “función regulatoria” y “poder de policía”, siendo la primera una forma de ejercer el poder de policía y sujetándose entonces a sus principios y límites.

ción pero se enfrenta día a día con una tendencia fuertemente centralizadora desde el “poder político”.

Dejando transitoriamente la doctrina expuesta por CASSAGNE, corresponde ahora introducirse en un lucido trabajo jurídico - económico elaborado por MATA, en el cual se conceptualiza, igualmente, al servicio público como una “modalidad de regulación estatal de una actividad o, en otras palabras, un régimen de carácter potestativo que disciplina un cometido de prestación, sea que lo realice la administración o los particulares⁶¹⁰”.

Es decir que, el servicio público mismo como actividad sometida a un régimen jurídico especial, es una forma de regular por parte del Estado, y comprende no solo el establecimiento de reglas “... destinadas a disciplinar la actividad, sino también el control del desarrollo de dicha actividad...” lo cual “... presupone una posición crítica frente al mercado, un enjuiciamiento de su modo de funcionar y de las acciones voluntarias de sus operadores...”⁶¹¹.

Asimismo, el carácter monopólico de las prestaciones será un motivo de regulación, “pero no su único fundamento, puesto que aún existiendo competencia, esta por sí misma no implica que el servicio se va a prestar con eficiencia y a precios justos y razonables, ni tampoco que la prestación se va a realizar allí donde no es rentable o de baja rentabilidad”⁶¹².

También integrando las opiniones doctrinarias en el ámbito nacional, Bustamante expresa que la acción estatal estratificadora de las fallas del mercado (externalidades, monopolios naturales o asimetrías informativas) tiene lugar a través de subsidios y regulaciones, agregando que, desde la ciencia del Derecho, regular trata siempre

⁶¹⁰ MATA, “Noción actual del Servicio Público...”, página 19 y ss.

⁶¹¹ *Ibid.*, página 22/23.

⁶¹² *Ibid.*, página 25.

sobre las “reglamentaciones dictadas en función del poder de policía...”⁶¹³.

Sin embargo, el mismo autor considera que una distinción entre regular y reglamentar podría encontrarse en el carácter abstracto y mental de esta última actividad contra la misión crítica en cuanto al funcionamiento libre del mercado y de los intercambios voluntarios que implica la primera⁶¹⁴, reconociendo de este modo que la “regulación” es una actividad estratégica y dotada de múltiples factores que se conjugan y armonizan para obtener el objetivo final.

En la doctrina española, ARIÑO ORTIZ considera la regulación como un modo de promover la competencia, agregando que “la privatización no puede rendir sus frutos óptimos si no se ve acompañada de una regulación continuada”⁶¹⁵. Agrega luego el autor una interesante opinión, en el sentido de que el verdadero papel de la regulación se dirige a asegurar el desarrollo sostenido de las inversiones⁶¹⁶.

El Profesor español destaca que la “regulación” aparece para enfrentar y solucionar las fallas que las reglas del mercado no pueden solucionar por sí mismas, y, exclusivamente con ese fin, “debe definir pautas de comportamiento, transmitir señales mediante mensajes que faciliten la orientación de los agentes y el cumplimiento de los objetivos políticos que se busquen, exigir estándares de calidad y seguridad, y, en la medida que sea necesario, fijar los precios”⁶¹⁷.

⁶¹³ Cfr. Jorge Eduardo BUSTAMANTE, *Desregulación*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1994, página 14 y ss.

⁶¹⁴ *Ibid.*, página 15.

⁶¹⁵ Cfr. Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Centro de Estudios sobre la Regulación Económica de la Universidad Austral, página 67.

⁶¹⁶ *Ibid.*, página 69.

⁶¹⁷ *Ibid.*, “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, en Juan Carlos CASSAGNE - Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, Capítulo II, página 78.

ARIÑO ORTIZ es, a nuestro criterio, uno de los autores que mejor entiende la utilidad de la regulación y la necesidad de otorgarle autonomía, especialmente respecto de las demás funciones del Estado. Por ello, en otro trabajo sobre el mismo tema, el mismo autor, conjuntamente con DE LA CUÉTARA⁶¹⁸, advierte la importancia de establecer un concepto claro del término, especialmente en el marco de las opiniones de los observadores sociales que minimizan o ironizan sobre su utilidad, adoptándolo como una “moda pasajera” fruto del contexto mundial que pretende imponer los Estados Unidos de América del Norte.

Para los autores referidos en último término, la regulación económica será aplicable a actividades que requieran estabilizarse u organizarse en función de determinados objetivos, y en las que el enfoque o la perspectiva a considerar sea, ordinariamente, la proporcionada por las ciencias económicas.

En dicho marco, la regulación constituye un conjunto de elementos jurídicos y técnicos necesarios para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados⁶¹⁹, de lo cual se deriva que “la regulación se asienta sobre el derecho, pero no es sólo derecho”; que la regulación tiene una base técnica cuyo estudio y diseño requiere el conocimiento de cómo funciona un sector sobre el cual se va a aplicar; que la “toma de decisiones regulatorias” tiene una importancia capital en el conjunto de ésta disciplina, pues aunque “existe una supervisión judicial, los efectos inmediatos de cada decisión son de tal magnitud que se precisa el uso de técnicas específicas para orientarlas y definir sus condiciones de aceptabilidad inicial” y; que la finalidad esencial de la regulación es mantener la actividad en marcha dentro de unos parámetros prefijados. “En una

⁶¹⁸ Ver al respecto ARIÑO ORTIZ - DE LA CUÉTARA, “Cuaderno de Derecho Público...”, citado en CARBAJALES, *El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado...*, página 105.

⁶¹⁹ *Ibid.*, página 106.

palabra, debe mantener un equilibrio entre las fuerzas del mercado y la fuerza del Estado.”⁶²⁰

Integrando también la doctrina formada en España, para CARBAJALES “lo que comúnmente se conoce como “regulación económica” cumple un amplio espectro de actividades aunque mas reducido que el de la llamada “regulación social”. Entre ella podemos mencionar todo tipo de actividades industriales con tendencias (naturales o impuestas) al monopolio, si bien éste, en principio, es prohibido por el derecho, concretamente a través de su legislación de defensa de la competencia.

Conforme la postura que construye el último autor citado, en ciertas actividades de características monopólicas “necesarias e inevitables”, la regulación económica provee la competencia que el mercado no puede auto generar. Agrega CARBAJALES que “tradicionalmente, este tipo de regulación se ha llevado a cabo de tres modos: 1) la propiedad pública de la empresa con actividad monopólica; 2) la entrega de la actividad monopólica a una compañía privada pero sujeta a regulaciones y limitaciones impuestas por la actividad pública (gestión indirecta de actividades reguladas) y; 3) casos en que, aquellas firmas que deseen obtener el monopolio deben competir por él, a través de proceso de concurso público, licitación o subasta por ejemplo, en cuyo caso sus derechos y obligaciones figurarán en el contrato por el cual se les adjudique la actividad”⁶²¹.

Finalmente, al sólo efecto de mostrar las graves fallas terminológicas que presenta la materia en estudio, es interesante conocer la opinión de SELZNICK, doctrinario que entiende la regulación en un sentido amplio y abarcador, pero que, al momento de esbozar una definición sobre ella se refiere a una labor de “control prolonga-

⁶²⁰ Vid. CARBAJALES, El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado..., página 100 y ss.

⁶²¹ *Ibid.*

do y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social”⁶²².

4. BREVE CONCLUSIÓN SOBRE LA FUNCIÓN DE CADA CIENCIA

Tanto la ciencia económica como la ciencia jurídica aportan elementos fundamentales que permiten, sistematización mediante, configurar un concepto único y abarcador de la regulación pública.

Así es como, la doctrina económica construye sin mayores explicaciones una visión libre de prejuicios y condicionamientos legales y jurídicos sobre la regulación, concluyendo que se trata de una "interferencia" externa a la actividad regulada, es decir proveniente de un tercero que no participa de la misma. No le importa demasiado a la ciencia económica, si sus conclusiones responden a los principios y reglas de las ciencias jurídicas, ni tampoco se esmera por desentrañar, como es lógico, cuál es la naturaleza jurídica de la tan mentada "interferencia".

Por ello, al jurista corresponde preguntarse y dilucidar, en caso de aceptar la teoría de la interferencia o señal como manifestación del ejercicio de la función regulatoria, cual es la naturaleza de la misma, si se trata o no de un acto administrativo, si se dicta en ejercicio de una función especial y diferenciada de las tradicionales funciones del Estado o si solamente forma parte de alguna de ellas, en este último caso, la teoría jurídica sobre la regulación deberá decir de cual de ellas forma parte.

Asimismo, también es función del jurista, desde el punto de vista del derecho, decir cuales son los principios y reglas a que debe sujetarse la preparación y la manifestación misma de la interferencia o señal. Cuales son los procedimientos y las formas que deben respe-

⁶²² Cfr. P. SELZNICK, "Focusing Organizational Research on Regulation, Regulatory Policy and the Social Sciences". R.G. NOLL. *University of California Press, Berkeley* citado en Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. I.- Los Fundamentos...*, página 264.

tarse. Si deben cumplirse estrictamente los elementos y requisitos de los actos administrativos, como ser la manifestación de la causa, la motivación, la claridad, legalidad y viabilidad de su objeto, la finalidad, la competencia y todo lo demás.

En todos los casos, no debe dejar de tenerse en cuenta que, como sea que se califique a las decisiones emanadas de la función regulatoria, las mismas son susceptibles de generar derechos y obligaciones, y de hecho lo hacen, y de ellas dependen la continuidad y el progreso de las actividades que procuran satisfacer necesidades esenciales de la población, lo cual exige al derecho proveer un considerable grado de previsibilidad y debate al momento de su elaboración.

Es el jurista quién debe enmarcar las características y los requerimientos a cumplir, ahora desde la ciencia de la organización administrativa, por los organismos a cargo de ejercer la regulación pública que aquí se intenta sistematizar en una de sus manifestaciones - la que se refiere o aplica respecto de los servicios públicos esenciales -. Es decir, por las estructuras orgánicas desde las cuales determinados funcionarios van a emitir esa interferencia o señal. Determinando el grado de independencia de sus procedimientos, la publicidad de los mismos, la participación de los interesados, el alcance de sus competencias y sus relaciones con otros organismos públicos y con los poderes del Estado.

El jurista, también, apoyándose en los criterios de justicia y razonabilidad que sólo “el Derecho” puede dar, debe establecer las condiciones a exigirse para la revisión y juzgamiento de las decisiones regulatorias, ante quién, bajo qué procedimientos, con que alcances y, esclareciendo también, si existen casos en que las decisiones adoptadas no “deban” ser revisables en otro ámbito.

5. ANÁLISIS INTEGRAL Y OPINIÓN FINAL

- a) Los actos emanados del ejercicio de la función regulatoria son actos administrativos

Si fuese obligatorio optar a esta altura del estudio por una definición desde la óptica de la economía, sin dudas se consideraría primeramente la que describe la regulación como “un proceso que consiste en la restricción intencional de la elección de actividades de un sujeto, y proviene de una entidad que no es parte directa ni está involucrada en dicha actividad”⁶²³.

Pero, obviamente, la ciencia jurídica puede y debe conformar su propia definición de la regulación pública, conformada ahora desde el punto de vista del derecho y enriquecida por aspectos no tenidos en cuenta por la ciencia económica o al menos aspectos que dicha “ciencia” relega a un segundo plano, en orden a su importancia y utilidad.

Fundamentalmente, el derecho aporta dos elementos a la teoría de la regulación, a saber: i.- nada más y nada menos que la configuración y definición, con el mayor grado de especificación posible, de su fin último – en primer lugar – y; ii.- en segundo lugar, la ciencia del derecho aporta la enumeración, descripción y valorización de las condiciones que deben cumplirse para que su ejercicio sea legítimo, razonable, equitativo y proporcionado en cada caso concreto.

Respecto del primer elemento, especialmente las ramas del derecho que estudian al Estado como “autoridad” y su relación con los ciudadanos o administrados, aportan a la definición de la regulación pública, la tensión lógica entre autoridad y libertad, entre interés público e interés particular, o si se quiere, en un sentido más “técni-

⁶²³ Cfr. MITNICK, La Economía Política de la Regulación..., página 21 y ss.

co” todavía, entre “prerrogativas públicas” y “garantías individuales”⁶²⁴.

En este marco, el derecho advierte sobre la necesidad de tener en cuenta el conjunto de deberes, de forma y de fondo, que indefectible e imperativamente condicionan las actividades de cualquier persona estatal. De manera que aquello que para la ciencia económica es una “interferencia”, desde los principios fundacionales de las ciencias jurídicas y especialmente el derecho público, se traduce como un “acto administrativo”, el cual produce efectos jurídicos directos y provoca mayores o menores limitaciones y condicionamientos en el ámbito de libertad de una persona o un grupo determinado de personas jurídicas y físicas.

Y justamente por ello, por tratarse de un acto administrativo, la legitimidad y razonabilidad de dicha interferencia es objeto de “análisis”, “juzgamiento” y “calificación” desde el punto de vista del derecho y, especialmente desde el campo del derecho administrativo, es además - dicho acto de interferir - “obligado” a respetar, en el procedimiento para su dictado y en su contenido final, los requerimientos básicos de todo “acto administrativo”, como son la competencia del autor, la expresión de la causa o motivación, el objeto posible, la finalidad pública y las formas procedimentales que aseguren básicamente el “debido proceso” y el derecho de defensa del eventual afectado.

En otras palabras, y sintéticamente, lo que la doctrina económica identifica como “interferencia”, en el derecho administrativo se denomina “acto administrativo” y se encuentra sujeto a una serie de requerimientos para su dictado. Asimismo, dicho “acto administrativo”, en el orden constitucional responde a una predeterminada distribución de competencias entre los poderes del Estado que debe respetarse para asegurar su legitimidad. Finalmente, dicho acto también está sujeto, como corresponde, al control judicial normal, del

⁶²⁴ Ampliar en Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo I, Capítulo I.

cual no puede escapar o excusarse bajo ninguna circunstancia normativa ni institucional, mucho menos doctrinaria.

b) El origen y justificación de la función regulatoria

Otro aspecto fundamental que la ciencia jurídica incorpora al concepto de regulación es el origen y justificación de su existencia misma. Esto es así porque la regulación es una función del Estado que prácticamente reúne un poco de cada una de las funciones tradicionales del mismo. Y tal “reunión de funciones” se nota al momento de manifestarse la voluntad del sujeto que ejercita la regulación, pues más allá del hecho o acto que motivó su intervención en un caso concreto, todo terminará cuando establezca una regla, cuando aplique una sanción, cuando otorgue razón a alguna de dos o más partes de un conflicto o cuando simplemente no haga ni diga nada, por considerar que no hay nada que agregar a lo ya existente.

Pero ninguna de las actitudes y conclusiones jurídicas descriptas significan o traducen el ejercicio de función estatal alguna, que no sea la regulatoria, pues es eso lo único que sabe hacer un regulador y también lo único que puede y debe hacer. Y esto es así, más allá de que, en casos determinados, las leyes que crean instituciones de regulación, de manera infundada, e imprudente también, pretenden atribuirle al ejercicio de la función de regulación el mote de ejercicio del “poder de policía” o de funciones jurisdiccionales⁶²⁵.

Ahora bien, cabe preguntarse porqué razón la función regulatoria reúne un poco de cada una de las funciones estatales tradicionales. Y en realidad eso sucede porque las demás funciones no son

⁶²⁵ Como lo hemos esbozado más arriba y lo desarrollamos detenidamente más adelante, a nuestro criterio las reglas, las sanciones y las resoluciones de conflictos que un regulador dicta mediante actos administrativos son “señales” que tienen por fin “orientar conductas” hacia una mejor satisfacción del interés público. Dichas “señales” no pueden ni deben calificarse como de naturaleza reglamentaria, sancionatoria o jurisdiccional porque si alguna naturaleza tienen, que el derecho positivo conozca, es la de un “acto administrativo”.

suficientes ni son adecuadas para alcanzar los objetivos que sí puede alcanzar la función regulatoria. Cuando “no son suficientes” aquellas actividades básicas del Estado, la regulación adopta y cumple un rol de complementación de la función estatal correspondiente y cuando “no son adecuadas” la regulación sustituye definitivamente a las demás funciones.

Por ello es correcto decir que el término “regulación”, lejos de asimilarse a la locución “reglamentación”, o si se quiere, la función regulatoria lejos de asimilarse a la función reglamentaria, nace y encuentra justificación justamente cuando nada de ello es posible, es decir, cuando con el ejercicio de la función reglamentaria no es suficiente para cubrir con eficiencia determinadas necesidades y exigencias del interés público en juego.

En el caso de las actividades sujetas a un régimen especial de servicio público, el hecho de estar destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población ya significa una situación de por sí muy complicada y susceptible a las normativas vetustas y desactualizadas. Como además presentan fallas derivadas del monopolio y de la competencia imperfecta, la escasa agilidad de la función normativa o reglamentaria del Estado se convierte en insuficiente y perjudicial.

Es decir, en cierto modo la necesidad de regular surge como consecuencia de la deficiencia e ineficiencia normativa. Allí donde el dictado de normas, allí donde el ejercicio de la función normativa o reglamentaria no es suficiente para solucionar los problemas que plantea una determinada actividad económica, surge la función regulatoria como la gran alternativa⁶²⁶. Y es muy importante tener en cuenta que la ineficiencia de las técnicas normativas básicas del Estado⁶²⁷ no es una cuestión temporal ni una contingencia eventual,

⁶²⁶ Para Carbajales, regular es lo contrario de reglamentar (Ver y ampliar en CARBAJALES, Mariano, *El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado...*, página 105).

⁶²⁷ Con ésta expresión nos referimos en adelante a las leyes emanadas del Poder Legislativo y a los reglamentos de necesidad y urgencia, delegados, autónomos y de ejecución emanados del Poder Ejecutivo, todos ellos sistemas normati-

sino una característica verdaderamente natural y permanente de las mismas, por lo cual esa “alternativa válida”, para suplir o complementar la ineficiencia de las “técnicas normativas tradicionales”, que constituye el ejercicio de la función regulatoria, no es ni transitoria ni ocasional.

Por el contrario, la regulación es el “instituto” que la ciencia jurídica ha creado para asegurar un grado mínimo de actualización normativa en el desarrollo de aquellas actividades sometidas a un régimen especial de servicio público, sin perjuicio de las demás actividades que se desarrollan en el marco de la función regulatoria, teniendo en cuenta que dicha actualización es fundamental para el mantenimiento de las prestaciones y que es imposible conseguirla a través de las instancias legislativas y reglamentarias del Poder Legislativo y Ejecutivo.

La noción de “potestad”, concebida como una situación subjetiva activa perteneciente al género de los poderes jurídicos y eje de un poder genérico que se actualiza permanentemente mediante su ejercicio en casos concretos⁶²⁸, aparece como el cimiento y punto de partida de la regulación pública, pues sólo su naturaleza genérica de “potestad” le da la fuerza y la legitimación para “obligar” al destinatario. Por ello, desde una visión o noción amplia de la “regla”, para MATA la regulación consiste en establecer reglas imperativas destinadas a disciplinar una actividad con vistas a la mejor satisfacción del interés público⁶²⁹.

vos con procedimientos establecidos constitucionalmente para su dictado, ejecución, modificación y derogación, los cuales pueden ser mas o menos ágiles según los casos, pero que en todos los casos requieren el cumplimiento de un complejo proceso de participación, consenso y elaboración, con plazos preestablecidos y, salvo en el caso de los reglamentos autónomos, con la intervención de dos poderes del Estado.

⁶²⁸ Cfr. CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo I, página 219.

⁶²⁹ Vid. MATA, “Noción actual del Servicio Público...”, página 22.

c) La distinción entre regulación y control

Sin perjuicio de la clasificación que se realiza, según sea el objeto de la acción regulatoria y de la naturaleza que es posible atribuir a los distintos actos administrativos emanados de los sujetos reguladores - en ejercicio de sus funciones de sanción, de resolución de controversias, de reglamentación y de contralor -, lo cierto es que cualquier manifestación de voluntad de quién ejerce la función regulatoria presenta identidad de causas y de fines.

Es decir, siempre surgirán de una falla o carencia del mercado afectado y siempre procurarán orientar las conductas y las decisiones de sus miembros hacia la mejor satisfacción del bien de todos. Por ello, porque el sujeto regulador “todo” debe prever, “todo” debe solucionar y “todo” debe hacer escarmentar, no sólo manifiesta sus decisiones mediante reglas incentivadoras, sino que además juzga su cumplimiento y sanciona su incumplimiento, todo lo cual significa orientar conductas y fijar parámetros de actuación. Es decir regular.

Ahora bien, para ello la persona a cargo de la función regulatoria también debe fiscalizar y controlar. El significado de estos términos es extremadamente amplio, en el mismo Diccionario de la Real Academia Española, la acción de controlar puede asimilarse a algo tan sencillo y débil como “la acción de comprobar, verificar y fiscalizar” como también puede referirse al “acto de mandar, ordenar y gobernar”, en cuyo caso incluye también el juzgamiento y su castigo.

Como puede advertirse, y de acuerdo con los significados atribuidos al término “control”, el mismo puede llegar a incluir actividades o acciones tan relacionadas con el término “regulación” que se convertirían en sinónimos⁶³⁰.

En realidad, las actividades que desarrollan los denominados entes reguladores en la mayoría de los casos, superan ampliamente lo que su denominación implica, pues lejos de cumplir una función

⁶³⁰ Ver y ampliar en el Diccionario de la Real Academia Española, 22° Edición.

puramente regulatoria⁶³¹, sus competencias y atribuciones se extienden también al control del cumplimiento, por parte de los prestadores, del marco regulatorio que rige la actividad.

En otros términos, y mas allá de sus potestades puramente reguladoras, quién ejercita la función de regulación necesita, para actuar con eficiencia, estar facultado para emitir actos que resuelven conflictos de prestadores entre si, de estos con los usuarios, de los usuarios entre si y de todos ellos con instituciones públicas, estatales y no estatales, así como también para emitir reglas técnicas y “castigar” estratégicamente las infracciones y fallas. Pero además, también es fundamental que el sujeto regulador pueda realizar el control y fiscalización, siendo ésta última una de sus atribuciones más importantes y abarcadoras.

El hecho de que un sujeto regulador haya sido dotado de potestades suficientes para realizar el control y fiscalización de los servicios bajo regulación aparece como lógico, si se quiere, cuando se trata de actividades sujetas a un régimen especial de servicio público, pues en ellas los prestatarios habilitados se encuentran sujetos a un marco jurídico, económico y técnico que contiene obligaciones y derechos en cabeza de las empresas reguladas⁶³².

Igualmente lógico será que esas actividades de control y fiscalización demanden, durante determinadas etapas o circunstancias de los servicios bajo regulación, la mayor parte del tiempo que el sujeto regulador trabaja y que, además, requiera una atención permanente y costosa. Es decir que, los entes reguladores no solo regulan, sino que también controlan cómo se cumplen las obligaciones que emanan de

⁶³¹ En el sentido que habían atribuido al término, es decir, incluyendo las reglas de conducta y parámetros de actuación que se establecen mediante la actividad jurisdiccional y sancionatoria, además de la propiamente reglamentaria.

⁶³² En igual sentido, consultar con seguro provecho Francisco J. VILLAR ROJAS, *Privatización de Servicios Públicos*, Editorial Tecnos. Madrid, 1993, *passim*.

los marcos regulatorios y como se ejercen los derechos otorgados en los mismos cuerpos normativos⁶³³.

En el marco de éste tipo de actividades, la acción de controlar se jerarquiza, y su comparación con la función reguladora no procura una distinción teórica y sin mayores consecuencias prácticas, sino especialmente útil, pues la actitud imparcial, creadora, flexible y sujeta a principios de justicia y equidad, que el sujeto regulador asume cuando dicta reglas, envía parámetros de actuación al regulado, aplica incentivos y evita asimetrías informativas, no puede mantenerse ni repetirse cuando fiscaliza el cumplimiento de la normativa vigente, conocida y aceptada por todas las partes.

Regular y controlar no son siquiera actividades similares, son muy distintos los instrumentos que una y otra requieren del sujeto que las lleva a la práctica, son diferentes las capacidades y los conocimientos exigidos en sus ejecutores y también varían profundamente los pasos que deben cumplirse para concretar sus objetivos. En una se intenta reglar una conducta, se intenta hacer justicia en un caso concreto - aún sin fuerza de verdad legal - o se procura castigar una infracción, es decir, su objetivo será crear una situación nueva; en la otra el objetivo es constatar las causas, características y efectos de una situación preexistente.

El control se ejerce sobre el prestador, la regulación sobre el servicio; el control “descubre” la falta de adecuación de una conducta al

⁶³³ Es la postura que defiende MATA y que vale recordar recurriendo a sus palabras textuales: “la regulación comprende no solo el establecimiento de reglas destinadas a disciplinar la actividad, sino también el control del desarrollo de dicha actividad es decir verificar que la misma se desenvuelve de acuerdo a las reglas...”. Luego agrega el autor que seguimos que la regulación “... es una política pública consistente en el establecimiento de una regla restrictiva de la actividad de un sujeto y en la encomienda del control del cumplimiento de dicha regla a una entidad que no desarrolla la actividad regulada...” (ver y ampliar en *Jornadas Jurídicas del servicio público de electricidad*, Bs. AS. 8 y 9 de junio de 1995, páginas 22/23). También CASSAGNE trató el tema en su trabajo “Presente y futuro de la regulación económica...”, páginas 1130 y ss., donde considera viable para el futuro pensar en una distinción mas acentuada entre regulación y control.

orden jurídico preestablecido, la regulación investigará sobre los motivos y características de esa falta de adecuación y actuará en consecuencia⁶³⁴; el control aplica a cada servicio las normas de su propio marco regulatorio, sin poder aplicar otras, la regulación, con criterios empíricos adecuados a cada circunstancia, actúa, o debería actuar, con criterios filosóficos y cimientos idénticos o al menos similares, cualquiera sea el servicio de que se trate (principios del procedimiento administrativo, principios constitucionales como el de equidad, justicia, legalidad, respeto a la propiedad, derechos adquiridos, etc.).

Por otra parte, existe una cuestión potencialmente grave que debe ser estudiada con detenimiento, sobre la cual no corresponde extenderse por no ser objeto de éste estudio. En tal sentido, es importante analizar particularmente si en el ejercicio de las potestades vinculadas con la resolución de controversias – función arbitral - y de imposición de sanciones – función sancionadora - que los reguladores tienen, no se estaría violentando el principio de imparcialidad en el juzgador.

En efecto, se da el caso que el mismo sujeto que controla y verifica una supuesta infracción, es quien inicia un procedimiento, recibe la opinión de las partes (o del prestador) y aplica, en su caso, una sanción. Por ello, las características estructurales y funcionales prevista para los organismos de regulación son fundamentales desde el punto de vista del derecho, y especialmente del derecho administrativo, y no debe llevarnos a confundir lo que es controlar con lo que es reglamentar los servicios, dirimir conflictos o sancionar infracciones⁶³⁵.

⁶³⁴ Evaluando incluso si la regla es justa y oportuna.

⁶³⁵ Al respecto, puede consultarse la opinión contraria en Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, página XV - 3, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1995. Para este autor, contrariamente a lo expresado, el concedente no debe ser quien controla. Asimismo, refiriéndose a los entes regulatorios, expresa GORDILLO que "... la facultad regulatoria, dentro del marco de la Ley respectiva, es propia y específica de estos entes y debe considerarse separada del poder concedente. La doctrina y la jurisprudencia es amplia en cuanto a las facultades que tiene la autoridad competente para reglamentar el servicio, incluso modifi-

Ahora bien, cuando esa distinción no es posible o su separación en un caso ya existente no es aceptada, nacerá la necesidad fundamental de distinguir en el orden interno de cada organismo regulador, trazando una línea imaginaria entre los cuadros gerenciales o las jefaturas y el Directorio.

El método de trabajo que se propone implica que las gerencias o jefaturas efectúen permanentes controles sobre el o los prestadores, verifiquen el cumplimiento de las inversiones, recepten reclamos, quejas y consultas, fiscalicen el cumplimiento de los niveles de calidad, de regularidad y continuidad de cada servicio, del acatamiento a las normas tarifarias y de facturación, a las obligaciones y términos en materia de expansiones y derechos de los usuarios, etc., para luego elevar al Directorio del organismo los informes y dictámenes, con las actuaciones correspondientes, para que éste último, de considerarlo necesario ejerza la actividad reglamentaria, jurisdiccional o sancionatoria, luego de cumplir los pasos legales y/o formales que correspondan.

En el Derecho Comparado, citamos como modelo de la distinción que se propone someramente en el párrafo anterior, el caso de Colombia, donde existen Comisiones de Regulación cuyas funciones son las de entes independientes encargados de la regulación técnica y tarifaria de los respectivos servicios, incluyendo la definición de normas que estimulen y mantengan la competencia en áreas susceptibles a esta, prevengan los abusos de posiciones de mercado privile-

cando las condiciones de su prestación para adecuarlo a las cambiantes circunstancias fácticas y tecnológicas. Agregando luego que "... así como el sistema previo a la Constitución de 1994 era que el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella, y el que la juzga no la dicta ni ejecuta, ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle ...es reconocido que una causa eficiente de la privatización con entes reguladores de control fue la inoperancia de los controles de la administración central...". Es decir que - de parte del autor que venimos citando - se acepta la posibilidad de que un mismo organismo ejerza ambas funciones, dando a la facultad regulatoria como propia de los entes regulatorios y la fiscalización como su causa eficiente. Opinión que respetamos pero no compartimos en absoluto.

giadas o dominantes y protejan los derechos de los usuarios y, por otra parte, existen distintas "Superintendencias de servicios públicos domiciliarios" que supervisan el cumplimiento de los mandatos regulatorios emitidos por las Comisiones⁶³⁶, es decir, que ejercen la función específica de control.

d) Hacia una definición

Sin perjuicio de lo expresado hasta aquí, una importante aclaración que debe ser tomada en cuenta al estudiar la "regulación estatal", se refiere a la necesidad de distinguir cuándo el Estado actúa como sujeto ajeno a la actividad bajo regulación y cuando no. En el primer caso, al existir un nivel de competencia óptimo en el mercado, la regulación estatal se limita a acompañar dicha competencia, para mantenerla y perfeccionarla. En el segundo caso, que a nuestro entender es el que involucra a las actividades sujetas a un régimen especial de servicio público, la regulación es una alternativa de la competencia, puesto que la misma no existe o es imperfecta.

Sin embargo, aún en éste último caso, la intensidad de la actividad reguladora del Estado va de mayor a menor, conteniendo la nota de la "transitoriedad", pues su objetivo principal es corregir las fallas del mercado, que la justifican o que la hacen particularmente intensa. Es posible afirmar con absoluta certeza que la función de regulación, mientras menos intensa y trascendente, mejor aplicada está, es decir que, el sujeto regulador debe pasar lo mas desapercibido

⁶³⁶ Respecto del sector transporte está como planificador y regulador el Ministerio de Transporte y como controlante FERROVÍAS, INVIAS, LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y AEROCUVIL; en el sector eléctrico y de gas planifica EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, regula la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS y controla la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, en el sector de las telecomunicaciones planifica el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, regula la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES y controla la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS (ver y comparar sobre el tema la Ley 142 y, complementariamente, las leyes 80, 105 y 143).

posible en el desarrollo de las actividades bajo regulación y, cuando puede retirarse definitivamente, es porque cumplió con éxito su misión.

Se puede decir, entonces, que las potestades que el Estado ejerce en el ámbito económico se dirigen a ordenar la libre interacción del mercado e impedir el abuso por parte de las fuerzas que en él interactúan, pero la intensidad de la regulación estatal varía según la naturaleza de las actividades involucradas.

Así es como, en algunos casos, el objetivo de la regulación pública al interferir sobre el desarrollo de determinadas actividades económicas con acciones reguladoras o actos administrativos, será evitar el surgimiento de fallas o atenuar los efectos negativos de las fallas inevitables, cuya existencia pone en riesgo y afecta continuamente el natural funcionamiento del mercado. En este caso, el poder coactivo del Estado, que se manifiesta en la actividad reguladora, tiene como misión que la negociación entre partes sea lo mas sencilla y lo menos costosa posible.

Por el contrario, cuando las actividades bajo regulación presentan una estrecha o directa vinculación con la satisfacción de necesidades esenciales de la población, lo cual por su gravitación sobre los derechos y garantías individuales tiene que haber sido declarado legalmente mediante la correspondiente calificación como “servicio público”, la intensidad de la regulación estatal adquiere su punto más alto.

Y esto sin importar que se trate de una actividad monopólica o con graves fallas en sus niveles de competencia, pues, en este caso, lo que verdaderamente justifica la regulación del Estado no son las fallas que dicho mercado pudiera presentar sino la directa relación entre el buen funcionamiento del servicio público y la correcta y suficiente satisfacción de las necesidades básicas de la población.

De lo analizado hasta aquí corresponde extraer, a modo de síntesis parcial, las siguientes observaciones:

i. Si bien es posible, e incluso conveniente, distinguir aspectos jurídicos, económicos, sociales y políticos en la actividad reguladora del Estado, es correcto afirmar que la causa, los medios instrumentales y los fines de dicha actividad, en todos los casos, son idénticos o comunes.

Así es como, mientras los aspectos políticos y sociales “sobrevuelan” en general la actividad regulatoria, graduando su intensidad, el aspecto económico resalta las consecuencias o efectos de la actividad regulatoria que el Estado puede desarrollar, es decir, estudia o se interesa por la manera en que la creación de incentivos coadyuva a suplir las fallas del mercado.

Por su parte, el aspecto jurídico aparece mucho más instrumental e intentará estudiar la constitucionalidad, legalidad y razonabilidad de las reglas que orientan las conductas y las decisiones del regulado. Pero lo que no varía en uno y otro es su objetivo final, es decir, salvar las fallas que el mercado presenta, protegiendo a la actividad misma y sus actores.

ii. Cuando se dice que el sujeto regulador “dicta reglas”, se hace referencia al establecimiento de condiciones generales y particulares para determinados temas, lo cual no siempre se realiza con los procedimientos y formas establecidos para el dictado de normas jurídicas.

Así es como, las órdenes de “hacer” o “dejar de hacer”, que pudieran dictarse luego de que un acto de contralor permitió probar fehacientemente determinados incumplimientos o conductas contrarias al interés público están incluidas en nuestro concepto de “regla”.

Del mismo modo, las sanciones, en cuanto procuran no solo castigar sino también evitar que en el futuro se repitan las conductas sancionadas, son verdaderas reglas de conducta y los actos emitidos en el marco de la resolución de una controversia o conflicto planteado ante el ente regulador también son reglas que no solo resuelven un caso particular sino que deben servir de “señal” hacia todos los demás actores del mercado.

No obstante ello, es procedente aclarar que, en todos los casos se trata de actos administrativos, salvo, obviamente, la actividad legislativa destinada a establecer regulaciones generales y las sentencias judiciales fruto de la revisión realizada respecto de los actos administrativos.

iii. En la regulación sobre los servicios públicos el Estado no es “sujeto ajeno”, puesto que conserva la titularidad sobre dichos servicios.

iv. El término regulación no debe identificarse de ninguna manera con los conceptos clásicos de proteccionismo, intervencionismo o paternalismo estatal.

El proteccionismo se refiere a un conjunto de medidas gubernamentales que procura proteger determinados productos de la competencia externa⁶³⁷, no es una actividad que tenga desde sus inicios una razón determinada que permita prever el tiempo que durará y puede llegar a permanecer indefinidamente si la razón de Gobierno que la impulsa se mantiene. Los fundamentos del proteccionismo no siempre están en la misma actividad que se procura proteger sino en una razón externa, e incluso, en muchos casos, obedece a cuestiones ideológicas.

El intervencionismo económico es un instrumento de los defensores de la economía mixta, utilizado a los efectos de que el Estado tenga una presencia permanente y co-participativa en la economía. Para algunos sectores políticos que defienden el intervencionismo económico, el fin último es la socialización de los medios de producción⁶³⁸.

Finalmente, el paternalismo estatal no es un concepto científico pero sí una calificación utilizada cuando el Estado se excede en su

⁶³⁷ Véase DE LA VEGA, Diccionario Consultor Político, tomo rojo..., página 357.

⁶³⁸ *Ibid.*, tomo verde, página 184.

papel de árbitro de la economía y pretende obligar a unos a ayudar a otros, sin ningún justificativo aparente y de modo arbitrario⁶³⁹.

Por el contrario, la regulación pretende fomentar la competencia no frenarla – por oposición al proteccionismo – tiene carácter transitorio o provisorio – por oposición al intervencionismo – y responde a parámetros de justicia y legalidad, además de requerir una justificación previa y proporcionalidad – por oposición al paternalismo estatal.

v. Tampoco debe identificarse la función reguladora del Estado con ninguna de sus funciones tradicionales – reglamentaria, jurisdiccional y sancionatoria -, ni pretender enfrentarlas u oponerlas. La función reguladora complementa las funciones tradicionales del Estado y cubre los vacíos cuando las mismas no pueden practicarse eficientemente.

vi. Enfocando la cuestión al objeto de este estudio, también corresponde observar que la regulación de los servicios públicos surge principalmente de la incidencia que estos servicios tienen sobre necesidades esenciales de la población y encuentra fundamento legal en la titularidad que conserva el Estado.

vii. Los alcances y los límites de la actividad reguladora del Estado debe entenderse en un sentido amplio, es decir, se regulará esencialmente mediante el establecimiento de señales a los actores de determinado mercado.

Esas señales – como se expresara más arriba – pueden establecerse mediante el dictado de una regla, luego del desarrollo de actividad interna en el regulador, o mediante la resolución de un conflicto o la calificación de una conducta como incurso en incumplimiento de la normativa legal o contractual vigente para luego sancionarla. Todas ellas son “reglas” que el regulado recibe y van a orientar sus decisiones futuras. Podría decirse, entonces, que las señales regulatorias condicionan las conductas y las decisiones de los sujetos participantes del mercado regulado.

⁶³⁹ Ver y ampliar con seguro provecho en FRIEDMAN, *Free to choose...*, palabras introductorias y Capítulo I.

En todos los casos, las denominadas señales del regulador se manifiestan jurídicamente como actos administrativos, debiendo cumplir estrictamente con las formas y procedimientos para su dictado.

viii. La regulación recae siempre sobre los resultados, pues el Estado establece reglas de conducta que deben acatarse. Si no sucede así, es decir, si no existe pleno acatamiento a las reglas preestablecidas, luego vendrá el juzgamiento y, en su caso, la sanción correspondiente hacia el regulado.

Es importante señalar que el carácter de titular de la actividad que obtiene el Estado a partir de la publicatio le otorga el derecho y el deber de asegurar un adecuado marco normativo y orgánico de “regulación”, pero no le atribuye derecho alguno - ni deber tampoco - de asumir la prestación o la práctica de la actividad, salvo aquellos casos en que no existiese voluntad o interés de ningún prestador privado en asumir la prestación⁶⁴⁰.

Por ello se considera como una regla fundamental la que indica que el Estado no puede ni debe acompañar la gestión del servicio sino orientarla desde afuera y supervisar su adecuación al marco regulatorio de las distintas prestaciones.

ix. Por las características especiales que hemos señalado, la regulación de las actividades sujetas a un régimen especial de servicio público debe practicarse necesariamente desde organismos independientes y especializados. Pero dicha independencia lo es respecto de toda otra persona pública o privada, estatal o no estatal. Y son especialmente los distintos “poderes” e instituciones del Estado, si se aceptan las bases de este estudio y la noción que se intenta construir esforzadamente en éste Capítulo, los que deben respetar y hacer respetar esa independencia, pues el regulador actúa subsidiariamente y allí donde la labor de dichos poderes no es posible o no es suficiente.

⁶⁴⁰ En este caso el Estado asume el servicio para adecuar sus notas y sus normas regulatorias, a los efectos de mejorar su prestación y atraer al sector privado.

6. NUESTRO CONCEPTO

De modo que, analizados los aspectos esenciales de la doctrina económica y jurídica de la regulación pública, aplicada sobre actividades sujetas a un régimen especial de servicio público, y asentadas las bases y conclusiones más importantes de una y otra, se han dispuesto las condiciones para construir un concepto que muestre el significado verdadero del término “regulación”.

En tal sentido, se expresa que *“la regulación económica sobre actividades sometidas a un régimen especial de servicio público” es la parte de la actividad regulatoria del Estado, en virtud de la cual se establecen “reglas” obligatorias mediante el dictado de actos administrativos, cuyo fin es orientar las conductas y las decisiones de personas que se encuentran en una situación jurídica especial, por la incidencia que tales conductas y decisiones tienen sobre el interés público, siendo las características de tal actividad la subsidiariedad y transitoriedad, aunque el tiempo de su vigencia es ilimitado.*

La regulación económica es una parte de la “regulación pública”, que recae sobre determinado sector del mercado mediante el establecimiento de reglas, directivas e incentivos, a los efectos de orientar las decisiones de sus actores. Cuando se hace referencia a los servicios públicos, es decir, a las actividades sujetas a un régimen especial de regulación en virtud de vincularse, en su desarrollo, con la satisfacción de necesidades esenciales de la población, la función de las instituciones de regulación es el ejercicio de la “regulación pública económica”.

CAPÍTULO VII
RAZONES JURÍDICAS PARA LA REGULACIÓN
INDEPENDIENTE Y ESPECIALIZADA
DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

1. RESEÑA DE TEMAS

Dejando de lado el orden en que fueron expuestos los distintos temas, a lo largo de los capítulos que anteceden al presente, se ha expuesto y analizado cuidadosamente el nacimiento de un nuevo concepto del servicio público, el cual, de la mano de CASSAGNE⁶⁴¹ y ARIÑO ORTIZ⁶⁴², de manera aislada o conjunta⁶⁴³, viene construyéndose insistentemente en la doctrina especializada.

En tal sentido, el concepto de “servicio público”, cuyo desarrollo histórico ha sido, por cierto, sumamente inestable y polémico⁶⁴⁴, deja de ser una cuestión meramente teórica, sólo recordada en los debates académicos y en las clases magistrales, para convertirse en un impor-

⁶⁴¹ Ver y ampliar, con seguro provecho, en Juan Carlos CASSAGNE, *La Regulación Económica. Estudio Preliminar...*, *passim*.

⁶⁴² Ver al respecto, Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Centro de Estudios sobre la Regulación Económica de la Universidad Austral, *passim*.

⁶⁴³ Así sucede, para provecho de todos, en Juan Carlos CASSAGNE - Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

⁶⁴⁴ Ver una excelente sistematización en MATA, "Noción actual del servicio público...", *passim*.

tante instrumento de satisfacción del interés público y concreción del bien común.

El denominado “servicio público”, deja entonces de mostrarse como una mera “actividad”, de contornos confusos además y de ambiguos criterios para su calificación como tal, para convertirse en una verdadera “técnica instrumental”. Técnica que, en determinado momento recae sobre algunas “actividades económicas”, estableciéndoles a sus prestadores – y en general a todos los actores de ese mercado – principios jurídicos y reglas de conductas obligatorias, pero previamente consensuadas entre el Estado y las personas que desarrollan tales actividades.

Es cierto que, especialmente en la doctrina esbozada por el Profesor CASSAGNE⁶⁴⁵, el Estado conserva o asume, según sea el caso, mediante la *publicatio*, la titularidad de la actividad sujeta a esa “técnica instrumental” en que se ha convertido el servicio público, pero ello, lógicamente, y según el criterio expuesto por el mismo autor citado en último término, no significa atribuir al Estado ninguna potestad especial, sino otorgarle la oportunidad de asumir un rol trascendente en el desarrollo de las actividades. Ese “rol trascendente” se asume, mediante, en primer término, el ejercicio del poder de policía y, en segundo término, a través de la práctica de la función reguladora.

Mediante el ejercicio del poder de policía, concebido como el dictado de normas generales y abstractas que establecen limitaciones y condiciones al ejercicio de los derechos y garantías individuales, el Estado titular establece las bases normativas que debe respetarse y aplicarse en cada caso. Mediante el ejercicio de la función regulatoria se concreta, con la independencia y especialización necesarias, la aplicación de aquella base normativa en cada caso concreto.

⁶⁴⁵ Vid. Juan Carlos CASSAGNE, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, Capítulo II, página 78 y ss.

Como debe ser, el poder de policía se practica desde el Estado como autoridad, y sólo con los mecanismos constitucionales preestablecidos, es decir, las leyes emanadas del Poder Legislativo y las reglamentaciones delegadas en el Poder Ejecutivo o atribuidas a éste por la Constitución del Estado. Esta actividad netamente normativa forma y conforma lo que denominamos la “primera etapa” del servicio público como técnica instrumental y, durante su desarrollo, ocurren dos cosas de fundamental importancia: se califica determinada actividad como “servicio público” y se construye la base normativa sobre la cual tal actividad debe desarrollarse.

Ahora bien, como la *publicatio* aplicada sobre determinada actividad económica, la asunción de su titularidad por parte del Estado en definitiva, no implica de manera alguna que sea el Estado quién debe convertirse en actor principal del mercado ni, mucho menos, asumir la prestación del servicio, sino sólo su reglamentación, es también imprescindible que en el ejercicio de dicho poder de policía, especialmente mediante la técnica constitucional de “delegación en el Poder Ejecutivo”, se establezcan las condiciones técnicas, jurídicas y económicas que indefectiblemente deben reunir las personas privadas que estén dispuestas a asumir su prestación, fijando además los procedimientos y condiciones para la selección de los prestadores y las normas técnicas, jurídicas y económicas que básicamente deben respetarse.

Cumplida esta etapa inicial, se inicia una segunda fase, igualmente importante, que consiste en determinar los mecanismos de control sobre las actividades ahora sujetas a esa técnica instrumental que es el servicio público. Especialmente teniendo en cuenta que el ejercicio del poder de policía inicial, tal como lo hemos descrito, al establecer un marco normativo de cumplimiento obligatorio, exige la fiscalización y verificación permanente y suficiente respecto de su cumplimiento por parte de los prestadores privados.

Finalmente, la tercera etapa o fase preparatoria para la operación, mantenimiento y expansión de las actividades calificadas como “servicio público” y sometidas por ello a un régimen normativo espe-

cial, consiste en la construcción normativa e institucional de un sistema de regulación esencialmente independiente y orgánicamente especializado, el cual se aplicará o ejercerá sobre tales actividades.

Ha quedado debidamente fundado ya, el sentido y la necesidad de la publicatio, del dictado de una normativa base y del establecimiento de un sistema de control y fiscalización sobre las actividades sujetas aun régimen especial de servicio público. Así también, se ha expresado que tanto la reglamentación como su control constituyen las dos primeras etapas en la construcción del servicio público como “técnica instrumental”.

Pero existe todavía una tercera y última etapa, que se denomina o identifica en este trabajo como “sistema de regulación”, pues bien, ha llegado el momento oportuno, en este estudio, de manifestar los motivos fundamentales que aconsejan impulsar la implementación de un sistema de regulación independiente y especializado sobre tales actividades - servicios públicos -, así como también de descubrir y enunciar las notas generales y particulares de ese sistema de regulación.

2. CARACTERÍSTICAS DE LAS ACTIVIDADES SUJETAS A UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SERVICIO PÚBLICO

Parte de la doctrina que se expuso y analizó hasta aquí, considera que la regulación es un concepto que se asimila al ejercicio del poder de policía, y que, por tanto, no existe motivo alguno para crear - o para mantener, si ya estuvieran creados como sucede en nuestro país -, organismos independientes funcionalmente e integrados por agentes especializados en los detalles técnicos y económicos de las actividades sujetas a ese régimen especial que denominamos “de servicio público”.

Cabe destacar que la doctrina referida, y que fuera calificada más arriba como “restrictiva” al momento de opinar sobre los alcances de las competencias de los entes reguladores y del ejercicio de la

función de regulación a cargo de los mismos⁶⁴⁶, plantea una cuestión de índole constitucional, pues al negar autonomía al concepto de regulación y equiparlo al de “poder de policía”, no es posible luego reconocer a organismo alguno – creado por ley – el ejercicio de función regulatoria, simplemente porque ello iría en detrimento de las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo.

En idéntico sentido, la equiparación del concepto de regulación al de “poder de policía”, también anula en la práctica la posibilidad de reconocer independencia funcional a tales organismos descentralizados, pues como la delegación o atribución de sus competencias y potestades sólo podrían derivar del ejercicio de tal técnica por parte del Poder Ejecutivo, los principios de la delegación y sus efectos harían imposible jurídicamente asegurar grado de independencia alguno.

Sin embargo, se ha considerado y fundado que la doctrina “restrictiva” adolece de serias falencias al momento de analizar y conceptualizar la “función de regulación”, pues tal como se manifestara y fundara con anterioridad, el término regulación traduce un concepto absolutamente independiente y distinto de la noción de poder de policía, especialmente porque lejos de equipararse al dictado de normas generales y abstractas limitativas de los derechos y garantías

⁶⁴⁶ Entre los autores y obras que incluimos en lo que consideramos una doctrina que sostiene una noción restrictiva del ejercicio de la función regulatoria por parte de los entes reguladores y que equipara el concepto de regulación al de “poder de policía” citamos a Juan Carlos CASSAGNE, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”)”..., *passim*; Alberto BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I, *passim* y SARMIENTO GARCIA, *Concesión de Servicios Públicos...*, 2001, *passim*. Respecto de SARMIENTO GARCIA debemos hacer la salvedad que su postura restrictiva se manifiesta tenuemente en la obra citada, puesto que la misma se orienta mayormente a tratar el régimen y naturaleza de la concesión de servicios públicos. Por el contrario, el autor referido sí ha construido, con la lucidez que caracteriza sus escritos, una postura restrictiva desde el Foro de Cuyo, que avanza cada vez con mayor fuerza y solvencia, enriqueciendo el derecho público (www.forodecuyo.com.ar).

individuales, encuentra sólo su principal sustento en ellas y el punto de partida para su desarrollo autónomo posterior.

Es decir, para que el ejercicio de la función regulatoria sea posible, es necesario justamente que de manera previa el Estado, a través del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, haya ejercido en plenitud el poder de policía que tiene atribuido, sobre las actividades económicas que van a ser objeto del ejercicio de dicha “función de regulación”. En otros términos, podría decirse con acierto que la reglamentación - a través de leyes, decretos y resoluciones - de la actividad sujeta a un régimen especial de servicio público es el antecedente necesario e inmediato para al ejercicio de la práctica regulatoria.

Alguien podría preguntarse entonces, porqué motivo es necesario “regular” desde el Estado una actividad económica, si podrían tan sólo dictarse las normas generales y abstractas necesarias, mediante el ejercicio del poder de policía a cargo del Poder Legislativo y otras normas menos generales, más específicas y concretas, a través del ejercicio del poder de policía delegado o propio del Poder Ejecutivo. Controlando luego su cumplimiento a través de organismos especialmente creados para ello.

A este legítimo planteo, corresponde responder con las siguientes argumentaciones, a saber:

a) El destino de las prestaciones

En primer lugar porque se trata de actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población, lo cual ha conducido a la necesidad de declararlas de titularidad estatal - lo que oportunamente, y siguiendo a CASSAGNE, hemos calificado como la *publicatio* -, para que, a partir de las potestades que surgen naturalmente de dicha titularidad, el Estado se ocupe legítimamente de establecer requisitos, condiciones, derechos y obligaciones a cualquier persona que actúa en ese sector de la economía.

En tal sentido, sin perjuicio del libre ejercicio de los derechos individuales y de la plena vigencia de las garantías constitucionales, el Estado puede y debe establecer principios y normas obligatorias para el desarrollo de actividades económicas destinadas a satisfacer necesidades básicas.

Ahora bien, los alcances de las competencias del Estado titular no son ilimitados, y la primer limitante surge del mismo motivo que lo llevó a adquirir o atribuirse la mencionada titularidad, es decir, la protección del servicio mismo. Por eso mismo también, se expresa que toda ley, reglamento o acto administrativo que afecte o ponga en riesgo la continuidad, regularidad, generalidad y equidad de las actividades bajo tratamiento es ilegítimo y debe ser derogado o revocado inmediatamente.

De más está decir que esta última no es la única limitante para el ejercicio del “poder de policía” sobre los servicios públicos de parte del Estado, pues éste debe además respetar los principios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, al emitir normas generales y abstractas respecto de las actividades cuya titularidad se le ha otorgado. Se trata de limitantes cualitativas al ejercicio del “poder reglamentario” del Estado.

b) Las personas a cargo de las actividades

El segundo motivo por el cual es necesario y conveniente establecer y mantener un sistema de regulación independiente y especializada respecto de las actividades bajo tratamiento, aparece con nitidez al momento de definir el prestador del servicio correspondiente.

En efecto, tal como se expresara más arriba, el hecho de aceptar la necesidad y conveniencia de la publicatio, no implica que la prestación de los servicios o actividades sujetas a un régimen especial de servicio público deba estar a cargo del Estado. Por el contrario, salvo

situaciones excepcionales⁶⁴⁷ y transitorias⁶⁴⁸, el Estado debe abstenerse de involucrarse en la prestación de los servicios denominados “públicos y esenciales”, incentivando siempre la participación de personas privadas en las actividades destinadas a satisfacer necesidades básicas.

Ahora bien, justamente por ello, la persona estatal debe ocuparse de la etapa previa, estableciendo las condiciones para el ingreso, mediante requerimientos de fondo y de forma y la concreción de procedimientos públicos y participativos, que permitan analizar en detalle las condiciones técnicas, jurídicas, económicas y financieras de tales personas privadas. Todo lo cual implica complejos análisis específicos que requieren un alto grado de especialización.

Una vez cumplida dicha etapa previa, de selección y adjudicación a favor de personas privadas, es imprescindible asegurar el debido control y regulación de las prestaciones.

c) El mercado imperfecto

En tercer término, o si se quiere, el tercer fundamento de la regulación sobre los denominados “servicios públicos”, o “servicios esenciales” en nuestro modo de calificarlos, surge de la misma naturaleza y característica “imperfecta” del mercado bajo análisis. Ello por

⁶⁴⁷ Cuando un contrato hubiere cumplido su plazo de vigencia y sea necesario realizar una nueva licitación pública para definir el próximo prestador, también cuando se hubiese producido una rescisión con o sin culpa del contrato e incluso cuando circunstancias económicas inestables impidieren o desalentaren al sector privado asumir o interesarse por asumir la prestación de una determinada actividad.

⁶⁴⁸ Tal como expresáramos más arriba, en los casos mencionados en la nota anterior – y otros que pudieren producirse – la asunción de la prestación por parte del Estado es transitoria, y al sólo efecto de mantener las prestaciones mínimas hasta tanto la situación excepcional sea superada y estén dadas las condiciones para el ingreso de una persona jurídica privada.

presentarse, en algunos casos, las notas típicas del monopolio⁶⁴⁹ y en otros, sin llegar al extremo del monopolio, aparecen riesgos de que se produzcan externalidades negativas⁶⁵⁰ o abusos de posición dominante por parte de algunos de actores, todo ello con las consecuencias negativas sobre el interés público.

Las fallas de mercado que se han descrito, especialmente las características monopólicas de algunas actividades, constituyen para parte de la doctrina⁶⁵¹ el principal motivo por el cual los servicios esenciales “deben” ser objeto de una especial atención por parte del Estado y “pueden” ser reglamentadas y luego reguladas, con la consecuente limitación en el ejercicio de derechos individuales que ello significa.

“Ya hemos dicho – expresa ARIÑO ORTIZ – que la regulación hace siempre su aparición ante la inexistencia, fracasos o fallas del mercado..., la regulación – en especial, la regulación económica – es por definición un sustitutivo o complemento del mercado. Por lo mismo, las características que debe reunir están orientadas a obtener los efectos beneficiosos y estimulantes que aquel produce: debe definir pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de los agentes y el cumplimiento de los objetivos políticos que se busquen, exigir estándares de calidad y seguridad, y, en la medida en que sea necesario, fijar los precios”⁶⁵².

Sin dudas se comparte plenamente la opinión del autor citado en último término, no obstante lo cual destacamos la necesidad de una atención especial por parte del Estado hacia estas actividades,

⁶⁴⁹ Es el caso de la distribución de agua potable, su transporte, la distribución y transporte de energía eléctrica y la distribución y transporte de gas natural.

⁶⁵⁰ Cfr. Ismael MATA, “Una visión sesgada de la regulación”, *Revista del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, N° 259, enero 2000, *passim*.

⁶⁵¹ Cfr. Gaspar ARIÑO ORTIZ, “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, en CAS-SAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, Capítulo II, página 9.

⁶⁵² *Ibid.*, página 19.

teniendo en cuenta que nuestro país no ha completado aún la infraestructura de abastecimiento necesaria, lo cual significa que existe un número importante de población sin acceso a los servicios esenciales y un porcentaje alto de infraestructura en situación de deterioro e incluso de obsolescencia.

Tal situación, población desatendida e infraestructura en mal estado, sumado a la fuerte dispersión normativa e institucional, obliga al sector público a explorar los caminos necesarios para superar ese problema. Todo lo cual se agrava por existir niveles de pobreza tales, en determinados sectores de la población, que imposibilita a los mismos soportar las cargas económicas lógicas de los servicios aún cuando la infraestructura exista.

Esa “situación especial” anula o atenúa los efectos positivos del buen funcionamiento del mercado, cuando se trata de servicios esenciales, y justifica la regulación estatal, al menos hasta superarlos completamente. Es importante aclarar que ARIÑO ORTIZ, justamente impulsa un modelo de regulación que, lejos de limitarse al control del cumplimiento de la normativa existente, impulsa y fomenta la competencia⁶⁵³.

d) La naturaleza económica de las actividades

Un cuarto motivo de importancia, que se esgrime con fundamentos sólidos al momento de justificar la regulación independiente y especializada, encuentra sustento en la naturaleza económica de las actividades bajo tratamiento.

Expresa al respecto CASSAGNE que “Pocas instituciones – como el servicio público – han soportado tanto el peso de los cambios operados en el campo de la economía. Su adaptación a los diferentes sistemas pudo llevarse a cabo gracias a la extraordinaria versatilidad instrumental que caracteriza a las instituciones del derecho adminis-

⁶⁵³ *Ibid.*, página 20 y ss.

trativo, cuya velocidad de mutación corre pareja con el crecimiento de las necesidades sociales y de las innovaciones tecnológicas...”⁶⁵⁴.

Incluso la doctrina económica ha planteado las fallas del mercado como el principal justificativo para el ejercicio de la función regulatoria del Estado en el campo de los denominados servicios públicos esenciales, remarcando el carácter de monopolio natural o legal que presentan los mismos. El segundo de ellos, monopolio legal, desde el punto de vista de las ciencias económicas se presenta en razón de la existencia de economías de escala, es decir, cuando es menos costoso para una empresa producir un producto en forma unificada en un determinado mercado⁶⁵⁵.

Conviene destacar aquí que, en materia de actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población, como la regulación estatal también involucra aspectos tarifarios, esos menores costos redundan en tarifas más bajas, con el correspondiente beneficio para toda la comunidad.

Por otra parte, y también desde el punto de vista de las ciencias económicas, las importantes externalidades negativas, existencia de consecuencias dañosas para terceros provenientes de las actividades empresarias, cuyo ejemplo clásico son las cuestiones ambientales negativas, justifican el ejercicio de la función regulatoria, al igual que la información asimétrica, una falla que deriva también del monopolio en el manejo de dicha información y cuya presencia – como falla – limita la libertad de elección en el usuario o consumidor⁶⁵⁶.

De alguna manera, entonces, la gran variedad de prestaciones que involucra al contrato de concesión y de licencia y el extenso plazo durante el cual las mismas deben llevarse a cabo, sujetan o limitan la posibilidad de aplicar concretamente sus cláusulas en cada caso

⁶⁵⁴ Vid. CASSAGNE, “El servicio público...”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, Capítulo II..., página 51.

⁶⁵⁵ Cfr. MITNICK, *La Economía Política de la Regulación...*, página 52 y ss.

⁶⁵⁶ *Ibid.* Véase también MATA, “Una visión sesgada de la regulación...”, *passim*.

concreto a determinadas variables económicas, especialmente porque el denominado régimen tarifario” constituye el “corazón” de las prestaciones, que alimenta permanentemente todas las actividades vinculadas al servicio.

Sólo cuando las tarifas responden a los costos imprescindibles, es posible llevar adelante el mantenimiento de las instalaciones, la prestación diaria del servicio correspondiente y las obras de expansión necesarias.

Obviamente, ese corazón va a funcionar adecuadamente cuando las tarifas reciban las adecuaciones permanentes, de acuerdo al trabajo específico del regulador. Alguien debe reestablecer los desequilibrios financieros generados por la variación de los factores económicos que inciden sobre el contrato, y esa tarea sólo puede llevarse adelante “a tiempo” y eficientemente mediante el ejercicio de la función regulatoria independiente y especializada⁶⁵⁷.

e) Los pactos incompletos

Se han esbozado distintas teorías y posturas doctrinarias que plantean la posibilidad de realizar contratos completos o incompletos como dos técnicas que pueden ser “elegidas” alternadamente por los Gobiernos de Estado, al momento de acordar las bases normati-

⁶⁵⁷ Sobre los desequilibrios generados a partir de la ruptura de la convertibilidad y el dictado de la Ley 25.561 se ha expresado que “...las relaciones jurídicas que nacen de los contratos regidos por el derecho público celebrados entre la Administración y los particulares resultan las más afectadas por cuanto su recomposición, al depender directamente de las finanzas públicas, encuentra mayores dificultades para restablecer el equilibrio alterado por la violación del "pacta sunt servanda", máxime cuando la economía se desploma por la pérdida del valor de la moneda y la caída del nivel relativo de ingresos de los actores económicos que dan sustento a las distintas ecuaciones financieras de los contratos, cuyos desequilibrios aumentan cuando se generan, al propio tiempo, dificultades internas y externas para acceder al crédito en condiciones razonables de competitividad (disponibilidad y tasa de interés)” (ver y ampliar con seguro provecho en Juan Carlos CASSAGNE, “Los contratos públicos y la reciente ley de emergencia”, Revista Jurídica La Ley 2002-C-1037).

vas que regirán la administración, operación y mantenimiento de determinada actividad económica calificada legalmente como “servicio público”⁶⁵⁸.

Y en este sentido, los autores se esfuerzan por demostrar si es conveniente redactar contratos abiertos, que contengan principios generales y dejen para la instancia de ejecución la definición de algunas cuestiones importantes – en la mayoría de los casos se propone una instancia regulatoria independiente o autónoma y especializada – o si, por el contrario, conviene más escribir cláusulas contractuales cerradas y que no dejen cuestiones libradas a las decisiones discrecionales de un organismo del Estado⁶⁵⁹.

Al respecto, las características especiales que presentan los contratos de concesión o de licencia, cuando su objeto es la prestación de una actividad sujeta a un régimen de servicio público, han sido analizadas en numerosas oportunidades por la doctrina especializada

⁶⁵⁸ Puede consultarse al respecto Andrei JOURAVLEV, *Regulación de la industria de agua potable. Volumen II: Regulación de las conductas*, Serie recursos naturales e infraestructura, División de Recursos Naturales e infraestructura, Comisión de Estudios para América latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2001, página 46/48 (puede consultarse en <http://www.eclac.cl>).

⁶⁵⁹ Ver al respecto, entre otros, Mark ARMSTRONG, Simon COWAN, y John VICKERS, “Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience”. *Mitt Press Series on the Regulation of Economic Activity*, N° 20, Instituto de Tecnología de Massachusetts, The Mitt Press (1994); Dieter HELM y Rajah NAJMA, “Water regulation: the periodic review”, *Fiscal Studies*, N° 2, mayo (1994); Brian WILLIAMSON, “Incentives and commitment in RPI-X regulation”, *Topic*, N° 2, U.K. National Economic Research Associates (NERA) (1997); Antonio ESTACHE y David MARTIMORT, “Politics, Transaction Costs and the Design the Regulatory Institutions”, *Policy Research Working Paper*, N° 2073, Washington, D.C., Banco Mundial (1999); Paul JOSKOW, “Regulatory Priorities for Infrastructure Sector Reform in Developing Countries”, *Annual Work Bank Conference on Developing Economics 1998* en Boris PLESKOVIC y Joseph STIGLITZ (comps.), Washington, D.C., Banco Mundial (1999) (todos ellos referidos con citas textuales en JOURAVLEV, *Regulación de la industria de agua potable. Volumen II: Regulación de las conductas...*, página 46/56).

de nuestro país⁶⁶⁰ y no es ajena tampoco a los análisis que se realizan en otros países, especialmente de América latina⁶⁶¹.

Sin perjuicio de ello, una de las características más distintivas y trascendentes, en nuestra opinión, ha recibido un tratamiento menor en la doctrina jurídica, es decir, las causas, los efectos y el tratamiento posible de la permanente mutabilidad que presentan los factores más importantes del contrato bajo estudio, fruto de su estricta relación con cuestiones económicas y técnicas que varían permanentemente y a los extensos plazos de vigencia, todo lo cual representa para sus redactores un problema sin solución al momento de cerrar determinadas cláusulas y temas de gran incidencia para la vigencia del contrato⁶⁶².

Sin embargo, de una parte o sector importante de la doctrina económica, la cual se ocupó de este gran desafío que deben enfrentar los especialistas, se reciben importantes y probadas razones por las cuales no es posible completar adecuadamente las cláusulas de un contrato cuyo objeto es la prestación de servicios esenciales, las cuales pueden enumerarse, sintéticamente, del siguiente modo:

i.- existen contingencias que ocurren durante la ejecución del contrato y que no pueden ser previstas al momento de su redacción y suscripción;

⁶⁶⁰ Ver entre otros SARMIENTO GARCIA, *Concesión de Servicios Públicos...*, *passim* y Juan Carlos CASSAGNE, "El servicio público y las técnicas concesionales...", *passim*.

⁶⁶¹ Ver por todos, JOURAVLEV, *Regulación de la industria de agua potable. Volumen II: Regulación de las conductas...*, *passim*.

⁶⁶² En efecto, respecto de la problemática planteada, debemos aceptar que son pocos los autores que profundizaron sobre sus características y posibles soluciones, más allá de que se trate de una realidad inevitable derivada de la propia naturaleza del servicio bajo concesión que de una mera argumentación teórica (ver y ampliar en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, *passim*, e Ismael MATA, "Panorama del control sobre los entes reguladores", *Suplemento de Derecho Administrativo, Revista El Derecho del 30 de marzo de 2001*, *passim*).

ii.- los costos y los tiempos que llevaría estudiar todas las contingencias y eventualidades posibles y elucubrar, a partir de ellas, cláusulas contractuales específicas que prevén soluciones para cada caso, hace optar a las partes por asumir los riesgos de limitarse a redactar “principios” o las bases de tratamiento de determinado tema, disponiéndose a “negociar” soluciones frente a eventuales contingencias y;

iii.- finalmente, una razón que parece más un motivo para no preocuparse demasiado por la imposibilidad de completar adecuadamente los contratos, se refiere a la necesaria existencia de una “tercera parte” (third party), que sería la comisión reguladora, y que aparece como “imprescindible” en los contratos donde se privatizan actividades y se prevén, entre sus objetivos, obras de infraestructura⁶⁶³.

Al momento de analizar las distintas teorías sobre la función regulatoria del Estado, se advierte que parte de la doctrina le atribuye a los “contratos regulatorios” una categorización especial, incluyendo dentro de tal clasificación doctrinaria aquellas relaciones entabladas

⁶⁶³ Al respecto, la doctrina económica parece haber advertido con mayor nitidez los obstáculos que las variables externas implican para la estabilidad e inmutabilidad del “contrato”, cuando su objeto es un “servicio público”. En este sentido, se ha expresado que “Unfortunately. There is no unique framework under which contract incompleteness can be analyzed. Tirole (1999) summarizes the main reasons that could generate incomplete contracts. He mentions basically three reasons. First, some contingencies that may arise during the execution of the contract cannot be foreseen when the contract is signed. Second, even if the parties could anticipate all the possible contingencies that should be included in the contract, they might be so numerous that the costs of describing them all can be prohibitive. In that case, the parties have to trade off the benefit of having a more comprehensive contract with the cost of writing new clauses. Finally, the contract can only be contingent on variables that could be verified by a third party, usually an arbitration commission or a Regulatory Agency in the context of de infrastructure “privatization” contracts. If this were not the case, the contract would not be enforceable” (así opinan Antonio ESTACHE y Lucía QUESADA, en “Concesión Contract Renegotiations: Some Efficiency vs. Equity Dilemmas”, *Noviembre 2001, World Bank Institute, página 3*, con cita de TIROLE J. (1999), “Incomplete contracts: Where do we Stand?”, *Econometrical 67:741/781*).

entre el Estado y los prestatarios de servicios públicos y destacándose que el término “contrato regulatorio” incluye los marcos regulatorios y los títulos habilitantes.

La importancia de las características especiales que presentan los contratos administrativos, cuando se trata de concesiones y licencias que tienen por objeto actividades sujetas a un régimen especial de servicio público, justifican un tratamiento particularizado de las mismas que se realiza detalladamente a continuación⁶⁶⁴.

3. LAS CLÁUSULAS ABIERTAS Y SÓLO CONCRETABLES A PARTIR DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN REGULATORIA INDEPENDIENTE Y ESPECIALIZADA

El contrato de concesión o de licencia suscripto entre el Estado y una persona jurídica privada para la prestación de los denominados “servicios públicos”, es calificado por MATA como “incompleto”, teniendo en cuenta el autor citado el riesgo de negligencia o incapacidad de los agentes del Estado al cerrar pactos contractuales, la importante extensión del plazo o período por el cual se suscribe - circunstancia que los expone a cambios políticos y económicos - y los continuos avances tecnológicos que hacen necesarias permanentes adecuaciones técnicas, jurídicas y económicas⁶⁶⁵.

Como los motivos que llevan a calificar al contrato de concesión o de licencia como un contrato “incompleto”, no surgen de una elucubración teórica sino que constituyen verdades irrefutables comprobables por cualquier persona que tenga a cargo su redacción, administración, control y regulación, es comprobable y ciertamente

⁶⁶⁴ Más adelante, vamos a mostrar la incidencia que estas teorías o posturas jurídicas y económicas tienen sobre la existencia misma de los entes o agencias reguladoras, así como también sobre sus atribuciones y el alcance de sus competencias.

⁶⁶⁵ Cfr. MATA, “Panorama del control sobre los entes reguladores...”, especialmente página 2.

evidente que no se trata de una cuestión de menor importancia, sino, por el contrario, uno de los asuntos a los que debe prestarse la mayor atención. Especialmente a fin de evitar que, las incertidumbres que inevitablemente surgen de dicho carácter - contrato incompleto - generen una situación de inseguridad jurídica e inestabilidad normativa grave y de efectos irreversibles.

En efecto, el contrato administrativo constituye, en la práctica, uno de los instrumentos más importantes que posee el Estado para integrar al sector privado y aprovechar sus virtudes, como una herramienta de satisfacción del interés público y concreción del bien común. El “pacto inmutable” o bajo condiciones preacordadas de mutabilidad, que significa el contrato administrativo, coadyuva a reducir la incertidumbre y construir un marco imprescindible de seguridad jurídica, que a corto, mediano y largo plazo permite incrementar o mantener las inversiones necesarias.

Y si bien ningún contrato - sea de derecho público o privado, sea que se integre entre personas privadas o entre personas públicas y privadas - es capaz de brindar seguridad y estabilidad absoluta a las relaciones jurídicas que de él derivan, como es lógico advertir, el contrato de concesión o de licencia que tiene por objeto generar relaciones jurídicas a largo plazo en actividades sujetas a un régimen especial de servicio público presenta una debilidad especial, que es necesario erradicar o al menos atenuar al máximo posible.

En realidad, lo que el denominado “contrato de concesión o licencia de servicios públicos” presenta en la práctica son cláusulas con un tipo especial de redacción que, si bien establecen un principio o regla general, permiten intencionalmente un alto grado de discrecionalidad a su intérprete. Pero lo trascendente es que dicho grado de discrecionalidad no surge por una opción o criterio de quién redacta el contrato sino que se trata de una necesidad previsible pero inevitable, porque no están dadas las condiciones técnicas, económicas y jurídicas para establecer cláusulas cerradas y de aplicación unívoca. Veamos a continuación algunos casos específicos.

a) Las normas sobre calidad en los contratos

En el contrato de concesión del servicio de captación, tratamiento, transporte y distribución de agua potable y recolección, tratamiento y depuración de desagües cloacales, cuyo plazo de vigencia varía entre 50 años, el más abreviado, y 99 años, los más prolongados, es imposible fijar los niveles calidad del agua a suministrar sin dejar abierta la posibilidad de prever casos especiales o de ir adecuando los parámetros, cuando existan tecnologías que hagan posible económicamente y beneficioso para la salud humana, dichas adecuaciones.

Al mismo tiempo, y como bien se remarcará oportunamente, se trata de una cuestión que no pasa simplemente por incorporar tecnologías sino también por asegurar que los valores tarifarios permitirán dicha incorporación.

b) La administración de la ecuación económica y financiera

Otro ejemplo concreto se presenta, ahora desde el punto de vista de la economía del contrato o, si se quiere, de su ecuación económica – financiera, con los principios y procedimientos acordados para la evaluación, determinación y autorización de los valores tarifarios.

En efecto, sería imposible establecer con especificidad valores tarifarios en los contratos, pues contrariamente a un contrato administrativo de suministro o de obra pública, la concesión y la licencia de servicios públicos se establecen por períodos prolongados y, además, sus estructuras de costos son mucho más complejas por hallarse compuestas de actividades o prestaciones sumamente disímiles y categorizaciones de usuarios que pueden variar periódicamente.

Así es como, tal como se adelantara más arriba, las tarifas establecidas para la distribución de energía eléctrica se componen, además de los costos impositivos y otros costos temporarios y extraordinarios, del costo de compra de energía en el mercado, costo de

transporte y finalmente de distribución, agregándose que, éste último, contempla el costo de gestión comercial, facturación, mantenimiento de instalaciones, obras de expansión, inversiones varias y otros ítems que hacen a la distribución misma.

- c) Las restricciones y limitaciones en la composición societaria del prestador

Desde el punto de vista del derecho, existen limitaciones y exigencias de índole societarias al momento de establecer las condiciones que deben reunir los postulantes que presenten ofertas al momento de licitar públicamente la prestación del denominado “servicio público esencial”.

Esas exigencias atienden a aspectos técnicos, jurídicos y económicos y consisten en requerir del oferente la suficiente experiencia, por ejemplo, en transporte y distribución de gas natural durante más de diez años y en un mercado similar al que se encuentra bajo licitación, tanto en cantidad de usuarios como en exigencias técnicas y otros detalles de importancia. En idéntico sentido, los pliegos de bases y condiciones suelen exigir determinada capacidad económica y financiera a los potenciales oferentes, requerimiento que varía en sus detalles según sea importante o no el nivel de obras e inversiones necesario para poner los servicios licitados en condiciones aptas.

Ahora bien, pasado determinado período, tales limitantes se tornan innecesarias e incluso irracionales e irritantes, ya sea por haberse superado, en la prestación del servicio adjudicado, ciertas necesidades que en un principio las habían justificado o sea también porque el prestador ha demostrado tener la capacidad para prestar el servicio por sí mismo. Igualmente, se suceden o concurren situaciones conflictivas entre socios del prestador que obligan o aconsejan su separación, incluso para proteger el servicio mismo que también podría verse afectado. Pues bien, estas circunstancias requieren de un manejo especializado y discrecional durante el desarrollo del contra-

to y no pueden, de manera alguna encontrarse previstas en sus cláusulas.

- d) La planificación general de las inversiones y su determinación concreta durante el período contractual

Un asunto que exige indudablemente un amplísimo margen de discrecionalidad en su tratamiento es el que involucra las obras e inversiones a concretarse durante el contrato. Pero para entender adecuadamente la problemática vinculada con las obras e inversiones se debe apuntar y tener en cuenta, primeramente, la especial situación en que se encuentran los países en vías de desarrollo, como Argentina.

En efecto, y en general los países latinoamericanos, por encontrarse en vías de desarrollo, necesitan incrementar la inversión en infraestructura de transporte, telecomunicaciones, energía eléctrica, distribución de gas natural, suministro de agua potable y alcantarillado cloacal.

Está claro, además, que no se trata sólo de favorecer o crear un ámbito jurídico y económico que aliente las inversiones para llegar con servicios a sectores no abastecidos - con las implicancias positivas que ello trae en materia de salud, seguridad y desarrollo humano en general -, sino también en el convencimiento de que el acceso a la infraestructura de servicios esenciales coadyuva a revertir la desigualdad y mejora el crecimiento de ingresos per cápita.

En tal sentido los expertos aseguran, especialmente respecto de los países en vías de desarrollo, que *“La poca inversión en infraestructura está obstaculizando el crecimiento económico a largo plazo, al igual que la competitividad, dejando rezagada a la región... Como la región más desigual del mundo en desarrollo, América Latina y el Caribe necesita invertir mucho*

más en infraestructura para incrementar los niveles de ingresos y mejorar la equidad"⁶⁶⁶.

Se ha calculado unos años atrás, que es necesario invertir en la región mencionada, aproximadamente y por año, 70 mil millones de dólares en los siguientes cinco años, inversión que solo permitirá alcanzar niveles óptimos de construcción, mejoras y mantenimiento de los caminos, las vías férreas, los sistemas de telecomunicaciones y de energía, y los sistemas de suministro de agua y alcantarillado.

Pero la situación que puede preverse en base a lo sucedido hasta el momento no es alentadora, especialmente teniendo en cuenta que las fuentes privadas, que se suponía iban a cubrir las necesidades de infraestructura, han perdido su apetito en este rubro por las cambiantes e imprevisibles decisiones públicas, la confusión institucional y los niveles tarifarios excesivamente bajos, al tiempo que la inversión del sector público mostró una tendencia descendente o, al menos, absolutamente insuficiente⁶⁶⁷.

Además de los impactos en el crecimiento y la competitividad, la infraestructura en materia de servicios públicos también impacta directa o indirectamente sobre los niveles de pobreza e indigencia. Directamente porque las deficiencias estructurales en la materia afectan de manera significativa a los sectores más pobres, los cuales deben buscar alternativas de acceso al agua potable, al saneamiento, la energía, las telecomunicaciones y el transporte que en muchos casos significan costos hasta 10 veces superiores a los costos que deben afrontar los sectores ricos⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ Cfr. Danny LEIPZIGER, *Invirtiendo en Infraestructura: ¿Qué se necesita entre 2002 y 2010?* (Investing in Infrastructure: What is Needed From 2002 to 2010?) en (<http://econ.worldbank.org/files/28605>, disponible el 12/05/06). El autor citado es Director de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura del Banco Mundial para América Latina y el Caribe.

⁶⁶⁷ En la mayoría de los países de América Latina y del Caribe la inversión pública en infraestructura en servicios no supera el 1% del PIB, considerándose como necesario u óptimo un mínimo del 3%.

⁶⁶⁸ Es el caso de los usuarios que deben construir pozos para la descarga cloacal, comprar el agua a camiones aguadores eventuales, proveerse de gas a través de

Efectivamente, es innegable por lo evidente, que las mejoras en cobertura y calidad tienden a beneficiar más a los pobres porque son ellos quienes menos pueden costear otras alternativas.

Así también, la ausencia de infraestructura suficiente o en buen estado, en materia de servicios públicos esenciales, impacta o afecta indirectamente a los sectores en condiciones de pobreza o indigencia, porque ha quedado demostrado que una mejor infraestructura de servicios reduce en forma significativa la desigualdad⁶⁶⁹.

Conforme las conclusiones de estudios especializados, estadísticamente la región necesita incrementar su inversión en infraestructura, tanto pública como privada. Sin embargo, a pesar de ciertas expectativas, la inversión del sector privado nunca compensó los recortes del sector público de la década del noventa y, además, ésta se derrumbó en los últimos años.

El monto de los proyectos de infraestructura con participación del sector privado en la región alcanzó un pico de 71 mil millones de

garrafas, trasladarse en vehículos de transporte más caros e inseguros para llegar a su trabajo y comunicarse a través de comercializadores de los servicios telefónicos. En la Provincia de Salta, hacia el año 1994 una “empresa inmobiliaria”, eventual y no constituida legalmente, vendió a personas de bajos recursos, a un costo mínimo – y en la mayoría de los casos en numerosas cuotas y muy bajas – tierras no habitables porque su especial ubicación hacía sumamente difícil y en algunas zonas imposible de ser provista con la infraestructura necesaria para el suministro de agua potable. El resultado fue lamentable: mientras que para el servicio por red el ente regulador había fijado en 15 centavos de dólar el valor del los 1000 litros de agua potable, propietarios de camiones aguadores que advirtieron la situación de los asentamientos les vendían agua de dudosa potabilidad a un costo de entre 50 centavos y 1 dólar por cada 200 litros, entregada en un recipiente aportado por el usuario y que, obviamente, carece de las condiciones mínimas para asegurar la adecuada conservación del recurso.

⁶⁶⁹ De acuerdo a nuevos datos del Banco Mundial, las mejoras del acceso al agua potable, en particular, tiene un impacto positivo adicional en la disparidad de ingresos (ver y ampliar con seguro provecho en estudio de la institución mencionada denominado “Los Efectos del Desarrollo de la Infraestructura en el Crecimiento y la Distribución de Ingresos” (The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution) en www.bancomundial.org/alc (disponible el 10/06/06)

dólares en 1998 pero apenas llegó a 16 mil millones de dólares en el año 2003. A ello debe sumarse que más del 90 por ciento de los proyectos de infraestructura con participación del sector privado en los últimos 15 años beneficiaron únicamente a seis países⁶⁷⁰, recayendo esencialmente en los sectores de telecomunicaciones y energía⁶⁷¹.

Atraer nuevamente las inversiones del sector privado requiere de un marco institucional, regulatorio y legal más sólido, contratos transparentes y estructuras financieras innovadoras, todo lo cual debe contribuir a atenuar los riesgos lógicos de cualquier inversión y aumentar el rendimiento de la misma. Muchos de los problemas que el sector privado advierte, y que inevitablemente derivan en el freno o la ausencia absoluta de inversiones, se relacionan con la falta de seguridad jurídica y previsibilidad económica, con la debilidad institucional y la imprudencia e impericia en el manejo de los asuntos públicos por parte de los gobiernos de Estado, incluyendo la renegociación de los contratos y concesiones, la cual, lejos de ser tal, suele tratarse de actos unilaterales y coactivos.

Pero, sin perjuicio de ello, lo que realmente incrementa los riesgos y provoca indefectiblemente el alejamiento de inversiones, son las consecuencias que provoca la ausencia de un sistema regulatorio que asegure estabilidad normativa, adecuación o adaptación inmediata y especializada a las variables económicas imprevisibles, decisiones independientes y uniformes en lo referente al régimen tributario de los contratos, metodologías predeterminadas y acordadas respecto de las eventuales revisiones y re-determinaciones a realizarse sobre los valores tarifarios iniciales, régimen consensuado y equitativo respecto de la accesibilidad a las instalaciones por parte de terceros y nuevos prestadores, acuerdo base sobre las reglas de calidad iniciales y su evolución o adaptación posterior y establecimiento de las condiciones y procedimientos a respetarse para eventuales reformas en los marcos regulatorios vigentes.

⁶⁷⁰ En este caso a Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú y México.

⁶⁷¹ Ampliar en "Los Efectos del Desarrollo de la Infraestructura en el Crecimiento y la Distribución de Ingresos...", Informe del Banco Mundial.

4. CONCLUSIÓN SOBRE LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN

Si bien cada vez con mayor frecuencia e intensidad se suele hacer referencia a la imperiosa necesidad de llevar adelante un proceso continuo y sustentable para “transformar” y “eficientizar” los servicios públicos esenciales, con objetivos tan meritorios como son los que procuran mejorar la calidad y la expansión de las prestaciones, obtener el financiamiento para construir la infraestructura faltante y proteger los derechos de los usuarios, es fundamental también entender que dicha “transformación” no se limita ni se agota en el hecho de debatir y decidir quién o quienes estarán a cargo de la gestión comercial y la operación técnica de los servicios, así como tampoco se circunscribe a la discusión sobre el significado del término servicio público.

Por el contrario, la tan mentada “transformación” de los “servicios públicos” consiste en un complejo proceso que supera los debates teóricos y también las ideologías. Y, a punto tal es así, que para ser verdaderamente fructífero y para plasmarse en hechos concretos, necesita asentar definitivamente, por lo menos, los siguientes principios en la planificación, operación y regulación de tales actividades:

i.- es necesario dictar, a través del Congreso de la Nación, “marcos regulatorios” que aseguren el cumplimiento de determinadas pautas básicas, las cuales sólo podrán ser “revisables” mediante procedimientos predeterminados y participativos⁶⁷². Cuando se dice

⁶⁷² Sobre la necesidad de asegurar marcos regulatorios preparados con detenimiento y contemplando en general toda la problemática del servicio, se ha expresado en la doctrina especializada que “La elaboración de los marcos reguladores eficaces sigue siendo un desafío muy importante. En un examen reciente sobre los programas de privatización en todo el mundo se pudo comprobar que “los estudios comparativos entre países demuestran que el aumento de rentabilidad es mayor y el de la productividad menor en los sectores regulados o menos competitivos. Esto demuestra que las empresas están sacando ventajas, al menos en parte, de su poder del mercado”... El traspaso de la propiedad y el control administrativo del estado de los servicios de agua potable y alcantarillado al sector privado, en un contexto regulado, modifica por completo el papel del estado, que de esta manera se transforma de productor en regulador. Para ello, es necesario que éste se retire

“participativos”, se pretende que tanto los operadores privados como los usuarios puedan conocer y entender las modificaciones propuestas y opinar sobre las mismas. Asimismo, en el caso de los operadores privados, de existir contratos suscritos, es necesario obtener su expresa aceptación respecto de los cambios a realizar;

ii.- es imprescindible asegurar transparencia, competencia e igualdad en las instancias de selección del operador u operadores de los servicios. Para ello, deben dictarse las normas básicas que contengan las condiciones técnicas, jurídicas y económicas que habrán de exigirse a toda persona jurídica privada que pretenda presentarse en un procedimiento licitatorio destinado a otorgar en concesión una actividad sujeta a un régimen especial de servicio público y;

iii.- es fundamental el establecimiento de un “sistema de regulación”. Es decir, un complejo normativo e institucional integrado por organismos públicos independientes y dirigidos por funcionarios sometidos a un estricto procedimiento de selección⁶⁷³. Al mismo

de un gran número de actividades y asuma nuevas funciones, a menudo muy diferentes, que requieren capacidades y conocimientos distintos por parte del personal de la administración pública. En los servicios públicos en general, y en los servicios de agua potable y alcantarillado en particular, todas las experiencias demuestran que la privatización no termina simplemente con la transferencia de los activos sino que exige una actividad reguladora permanente...” (ver y ampliar con provecho en Andrei JOURAVLEV, *Regulación de la industria de agua potable, Volumen II: Necesidades de información y regulación estructural, Serie Recursos Naturales e infraestructura*. División de Recursos Naturales e Infraestructura. Comisión de Estudios para América Latina y el Caribe. Naciones Unidas. Santiago de Chile, diciembre de 2001, página 43).

⁶⁷³ Expresa al respecto JOURAVLEV que “... La regulación tienen por objeto reproducir los resultados que se lograrían en relación con la eficiencia productiva y la eficiencia en las asignaciones en un sistema de mercado competitivo... Esto se conoce con el nombre del principio de subrogación de los mercados. En las actividades que poseen las características de un monopolio natural, “el regulador actúa como sustituto del mercado, adoptando algunas de las funciones de los competidores”... en un intento por obligar al servicio regulado a comportarse esencialmente de la misma manera que lo haría si no existiera regulación pero estuviera sujeto a las fuerzas de la competencia de los mercados. En estas actividades, los incentivos a favor de la eficiencia productiva y la eficiencia en las asignaciones dependen fundamentalmente del marco regulador utilizado. Un ejemplo

tiempo, las instituciones que operan este sistema deben obtener la legitimación suficiente, tanto desde el ámbito político como social, para ejercer sus competencias acabadamente y sin más obstáculos que los propios de la función que les toca llevar adelante.

Como puede advertirse, y sin perjuicio de ingresar, de manera particularizada, al tratamiento de los tres aspectos mencionados como “principios de un sistema abarcador y sustentable de servicios esenciales”, por elementales razones de claridad y para un mejor entendimiento, es importante tener en cuenta que el objetivo mencionado en el punto iii.- anterior es el principal objeto de este estudio y es el que se procurará desarrollar en mayor medida.

Ahora bien, se debe ser conciente que todo lo atinente a la construcción de un “sistema” para regir los destinos de los servicios esenciales, respetuoso de las premisas expuestas en último término, no es tarea sencilla. Y esto es así, especialmente, porque “transformar” implica mutar la forma de algo, lo cual, cuando detrás de esa forma se fueron alimentando y desarrollando múltiples intereses durante el tiempo, convierte a la “transformación” en un proceso sumamente traumático, sujeto a un alto riesgo de tropezar, en su desarrollo, con numerosos obstáculos y permanentes oposiciones a su implementación definitiva.

de ello es un estudio reciente sobre los efectos macroeconómicos y distributivos de la privatización de los servicios públicos en Argentina. Chisari, Estache y Romero (1997) comprobaron que los beneficios de una regulación eficientes no son triviales: en tanto que los beneficios de la operación privada de los servicios ascienden a aproximadamente 2300 millones de dólares de los Estados Unidos, equivalente al 0.9% del PIB, una regulación eficaz puede contribuir a que la economía ahorre 900 millones de dólares, o sea, el 0.35% del PIB. Los autores concluyen que “una regulación ineficaz es equivalente a un impuesto implícito de 16% al consumidor medio, pagado directamente al propietario de los activos del servicio... La importancia que los gobiernos asignan a una distribución equitativa de los beneficios de la reforma se refleja en la seriedad con que abordan el tema de la regulación” (cfr. JOURAVLEV, *Regulación de la industria de agua potable Volumen II: Necesidades de información y regulación estructural...*, página 41).

La única respuesta efectiva para que el proceso no se detenga es el “liderazgo político”, aptitud que, como mínimo, deberá servir para concretar los siguientes puntos:

- i.- decisión política respecto de la ejecución del proceso de transformación;
- ii.- absoluta convicción sobre la necesidad de llevarlo adelante;
- iii.- acabado conocimiento previo y aprobación formal de los pasos a seguir durante el proceso, tanto de índole legal como técnica y política y;
- iv.- participación de los interesados en casos específicos, mediante opiniones y sugerencias fundadas.

En éste último caso, destacamos que es necesario asegurar a todos los interesados la posibilidad de acceder a la mayor y mejor información disponible, los documentos probatorios de hechos y afirmaciones, los dictámenes especializados y las demás explicaciones que ayuden a esclarecer aspectos complejos. Asimismo, deberán cumplirse principios básicos de publicidad y convocatoria y permitirse expresar libremente las distintas opiniones. El rechazo o no consideración de las opiniones y sugerencias referidas debe realizarse con expresa manifestación de los fundamentos o motivos en los cuales se sustenta tal circunstancia.

Pero es indudablemente el Gobierno del Estado quién debe tomar a cargo la administración de los asuntos públicos y asumir proactivamente, con decisión y firmeza, su obligación de fomentar la inversión y cuidar la salud de las instituciones destinadas a controlar y regular los servicios públicos esenciales y para ello debe comprometer a los demás poderes del Estado con una solvente explicación sobre los problemas existentes y la conveniencia de las soluciones propuestas⁶⁷⁴. Idéntico trabajo debe realizar con las distintas fuerzas políticas y sociales⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Lamentablemente, en nuestro país no siempre se han respetado y resguardado la integridad de los organismos de regulación, omitiendo el procedimiento de concurso público para la designación de los miembros de sus directo-

Para ello, sin dudas el punto de partida es un completo y comprensible informe sobre la situación de los servicios, la población desatendida, el estado de la infraestructura existente y todos los riesgos que ello significa para el interés público. Lo primero y esencial consiste en mostrar que la situación es realmente insostenible y que una “transformación” es inevitable, luego, cualquiera sean los caminos elegidos para concretar esa transformación, serán mucho más transitables.

El consenso político y la aceptación social son los puntos de partida de toda política de Estado que pretenda implementarse para la eficientización de los servicios públicos esenciales, justamente por el alto grado de sensibilidad política y social que los mismos han demostrado tener. Ese consenso y esa aceptación son el primer paso de un proceso que no debe terminar nunca de desarrollarse para permitir y asegurar la permanente adaptación de tales políticas a las circunstancias socio-políticas imperantes.

En definitiva, es necesario reafirmar entonces que la necesidad de prever un sistema de regulación independiente y especializada surge fundamentalmente como corolario de la imposibilidad de establecer cláusulas cerradas, que regulen las conductas por si mismas y surge también de la necesidad de asegurar una administración solvente y uniforme de tales cláusulas abiertas.

Ese sistema regulatorio por el cual se viene bregando denodada e insistentemente en este trabajo, se justifica también por aplicación de la técnica del absurdo, pues basta con imaginarse qué sucedería si los problemas más comunes, que se han mostrado en éste título, y que, es oportuno advertir, son los más trascendentes pero no los

rios u órganos superiores, obviando la participación de los mismos en materia de inversiones y accesibilidad a las instalaciones que se encuentran previstas en las leyes de creación del E.N.R.E. y del E.Na.R.Gas o simplemente omitiendo explicar debidamente su naturaleza y la necesidad de resguardar su independencia.

⁶⁷⁵ La verdadera transformación no es posible sin el apoyo de todas las fuerzas políticas y de los sectores sociales de trascendencia e influencia sobre la opinión pública.

únicos, qué sucedería, decíamos, si debieran ser resueltos en el ámbito de la administración central o ante los tribunales judiciales. Es decir, obviando la actual instancia que se desarrolla ante los entes reguladores.

Indudablemente el resultado de la situación planteada en el párrafo anterior sería que su resolución tardaría muchos años en alcanzarse, en el mejor de los casos y siempre que las circunstancias políticas no significaran un obstáculo..., y seguramente por razones absolutamente ajenas al servicio mismo.

5. EL MARCO REGULATORIO COMO GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA Y PREVISIBILIDAD

a) La constitución del marco regulatorio como un proceso permanente y complejo.

Como uno de los pilares fundamentales para establecer y mantener un estado de seguridad jurídica y estabilidad económica, valores que se han marcado como imprescindibles a los efectos de construir con solidez servicios esenciales eficientes e infraestructura de abastecimiento óptima y abarcadora, aparece la figura del “marco regulatorio”, denominación que, tanto en doctrina como en alguna normativa vigente, permite identificar al conjunto de principios y reglas que rigen las relaciones jurídicas derivadas de las actividades sujetas a un régimen especial de “servicio público”⁶⁷⁶.

Si bien aparece como un aspecto fundamental de los servicios públicos⁶⁷⁷, la creación y composición de un “marco regulatorio” no

⁶⁷⁶ Ampliar en NALLAR, El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico de la transformación del Estado, las privatizaciones y los entes regulatorios..., especialmente capítulos III y IV.

⁶⁷⁷ Es abundante la doctrina especializada que apunta la necesidad de establecer cuerpos normativos adecuados y operativos respecto de las actividades calificadas como servicios públicos. Para ARIÑO ORTIZ, por ejemplo, un “marco le-

es tarea fácil ni sencilla, especialmente si se adopta la concepción que se ha expuesto y fundado sobre el mismo, la cual, básicamente extiende considerablemente sus alcances, abarcando con él no sólo a las leyes dictadas por el Congreso de la Nación, sino partiendo de la misma Constitución Nacional e incluyendo las reglamentaciones posteriores, los pliegos de bases y condiciones, los contratos de concesión o títulos habilitantes y las resoluciones y actos emanados de los organismos de regulación en ejercicio de sus competencias.

Pues bien, se afirma entonces que, una vez definidos los pasos a seguir respecto de los aspectos esenciales de la transformación, lo siguiente será establecer las bases normativas. Esta primera etapa del proceso de construcción del “marco regulatorio”, es esencialmente legislativo, y procura establecer los principios generales y las normas específicas que cualquier Gobierno, cualquier prestador y cualquier usuario deben conocer y respetar bajo todas las circunstancias conflictivas que acompañan y condicionan inevitablemente la prestación de un servicio público esencial, otorgando, de ese modo, estabilidad y consistencia a los principios y criterios generales de necesaria vigencia.

Como se viene expresando a lo largo del estudio, los marcos regulatorios constituyen cuerpos normativos integrados por normas de distintas naturaleza, es decir, normas constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales. Las reglas que los integran van de un mayor a menor grado de generalidad y estabilidad.

gal adecuado es fundamental para que se produzcan las inversiones y para que se active la libre competencia...”, luego, el autor citado menciona los 5 requisitos esenciales que debe contener el sistema institucional que sustenta lo que el denomina “servicios públicos” y nosotros llamamos “servicios esenciales”, a saber: un sistema bien definido de competencias, instrumentos jurídicos precisos, normativos y reguladores, un sistema judicial que cumpla con su función, garantía de estabilidad fiscal y participación ciudadana bien entendida (cfr. “Seguridad jurídica en los servicios públicos privatizados. Bases para una renegociación de los contratos”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, páginas 106 a 112).

Su integración comienza por la misma Constitución del Estado – norma general y estable por excelencia – que establece la base fundamental a partir de la cual se construye sólidamente el sistema legal, reglamentario y contractual. La Constitución debe asegurar principios muy generales, cuestiones básicas, que a nuestro entender se limitan a los siguientes puntos:

i.- establecer en primer lugar la titularidad estatal;

ii.- en segundo lugar, establecer también, como principio, la prestación privada, salvo casos excepcionales en los cuales no exista interés del sector privado por asumir las prestaciones;

iii.- disponer la obligatoriedad, a cargo del Poder Legislativo y Ejecutivo, de asegurar la existencia y estabilidad del marco regulatorio de cada servicio esencial;

iv.- instituir la obligatoriedad a cargo del Poder Legislativo de establecer procedimientos de selección uniformes en cuanto a los requerimientos técnicos, jurídicos y económicos a exigirse a los potenciales oferentes y;

v.- mencionar genéricamente las bases del sistema regulatorio.

Con dicho sustento constitucional, la construcción o integración del marco regulatorio continúa a través del ejercicio de la función legislativa por parte del Parlamento del Estado. La generalidad y estabilidad de la Ley, de importancia pero de menor grado que la norma Constitucional, permitirá interpretar y aplicar en un caso concreto las cláusulas constitucionales y, al mismo tiempo, establecer los principios generales que darán nacimiento y legitimación a las normas reglamentarias y contractuales.

Cabe distinguir, respecto de la actividad legislativa, dos tipos de normas. Por una parte es necesario primeramente calificar la actividad como sujeta a un régimen especial de servicio público, lo cual, por su importancia requiere un debate particularizado que examine debidamente si se trata de una actividad destinada a satisfacer necesidades esenciales de la población.

Es importante recordar aquí que tal calificación contiene graves efectos sobre el ejercicio de los derechos individuales y sus garantías, pues a partir de ella la actividad se convierte de “titularidad estatal” y el acceso a su prestación se restringe, siendo necesario, para ello, superar las exigencias de los procedimientos de selección predefinidos y cumplir todos los requerimientos y obligaciones posteriores, tanto referidos al procedimientos mencionado como en la etapa de prestación misma.

Por otra parte, continuando con el análisis de la actividad legislativa en la construcción del “marco regulatorio”, recién a partir de la vigencia de la legislación mencionada en el párrafo anterior, será constitucionalmente posible avanzar con el dictado de las normas legales relativas a los principios generales a respetarse durante las prestaciones.

Estos principios deben contemplar todas las cuestiones relativas a los servicios, pero teniendo en cuenta que las normas que excedan el respeto por la generalidad y se introduzcan en el tratamiento de cuestiones específicas, deben redactarse con suma prudencia, para evitar en el futuro obstáculos técnicos o temporales en la solución de problemas particulares. Problemas que, sin ser de menor importancia, es conveniente tratarlos y resolverlos en una instancia regulatoria o al menos a través de reglamentaciones emitidas por la Administración central.

En orden jerárquico, continúan integrando el marco regulatorio, justamente aquellas normas dictadas por distintos organismos de la administración centralizada, expresamente autorizados por la Constitución o por las leyes para dictar las reglamentaciones, que otorguen funcionalidad a los principios generales, mediante el establecimiento de reglas prácticas y particularizadas.

En un cuarto orden de construcción del “marco regulatorio”, ingresando ya en el tratamiento del organismo a cargo del control y regulación, los actos individuales y generales dictados por el mismo en el marco de sus competencias, desempeñan un rol protagónico respecto de la conservación y adaptación permanente de la base

normativa de naturaleza constitucional, legal y reglamentaria que venimos analizando.

Al respecto, el dictado de normas y reglas de conductas, generales y abstractas, por parte del organismo a cargo de la regulación debe ser sumamente limitado, sujetándose estrictamente a aquellas reglamentaciones que le hubieren sido encomendadas por el Poder Ejecutivo al suscribir los contratos y al reglamentar las leyes dictadas.

Por el contrario, el organismos regulador – ente regulador en nuestro derecho – sí puede avanzar con una actividad más frecuente e intensa, en lo referido al cubrimiento de vacíos normativos, la interpretación de normas confusas en casos concretos, los actos sancionatorios que no sólo corrijan conductas en el o los sancionados sino que impliquen, además, un llamado de atención general. Es decir, respecto de otros sujetos regulados que si bien no son alcanzados por la sanción misma, podrían encontrarse en el futuro en una situación similar.

Asimismo, también en la resolución de conflictos el sujeto regulador designado procuran establecer reglas o criterios generales, es decir, el acto administrativo por el cual se resuelve una controversia planteada ante el organismos de regulación, conlleva la segunda intención, complementaria a la resolución del caso concreto, de fomentar en los demás sujetos regulados determinadas conductas que deben respetarse, las cuales quedarán claras a partir de la conducta defendida por la parte que obtuvo la razón en el conflicto.

Finalmente, ya en el grado máximo de especificidad, corresponde destacar las normas contractuales, que integran el título habilitante – concesión, licencia o permiso – y que atienden a cuestiones tan particularizadas como los valores y categorías tarifarias, las modalidades de facturación, las normas de calidad técnica y comercial, los planes de inversión y el área de prestación, entre otros asuntos.

b) El objetivo y utilidad del marco regulatorio

La conceptualización que se viene desarrollando respecto del “marco regulatorio” no es caprichosa ni se limita a una mera construcción doctrinaria. Por el contrario, es destacable que nuestro derecho necesita imperiosamente una definición clara sobre el tema, especialmente porque su ausencia condujo a un estado de incertidumbre tal sobre la materia, que en la mayoría de los casos conflictivos de la realidad, tanto los usuarios como los organismos reguladores y los prestadores, están obligados a transcurrir y sobrellevar una compleja y prolongada “etapa previa” dedicada exclusivamente a identificar, analizar y determinar cuáles son las normas generales e individuales que se aplican al caso que los ocupa.

Y así es como aparecen, planteadas por las partes según sus conveniencias, leyes y decretos ambientales, normas de defensa del consumidor, leyes tributarias y financieras, incluyendo los códigos de fondo, tratados internacionales y leyes extranjeras.

Por ello, y sin perjuicio de todo lo expresado hasta aquí, lo más importante es advertir que el término “marco regulatorio” se refiere a un cuerpo jurídico integrado por normas de distintas jerarquías, cuyo objetivo principal es el de asegurar la vigencia de dos premisas fundamentales en lo que se refiere a las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población, “servicios públicos”, y que, por obvias que parezcan, cabe advertir que en la mayoría de los casos no son respetadas o aplicadas apropiadamente. En adelante se profundiza respecto de cada una de ellas.

i. Identificación concreta de las normas aplicables

La primera premisa enseña que todo principio, norma o regla que va a ser aplicado en la regulación de la actividad declarada sujeta a un régimen de servicio público, debe necesariamente integrar el marco regulatorio, en cualquiera de sus partes. Es decir, ni el Parlamento del Estado, ni el Poder administrador de turno, ni el orga-

nismo regulador competente pueden instar la aplicación, aplicar o exigir el cumplimiento de norma jurídica alguna que no integre el marco regulatorio.

Y esto es así, aún cuando se trate de normativas vigentes con anterioridad⁶⁷⁸, pero que son ajenas al cuerpo normativo calificado como “marco regulatorio”, salvo, claro está, que determinada normativa hubiese sido oportunamente declarada aplicable a la actividad, al momento de emitir las normas correspondientes, es decir, que fuese anterior a la suscripción del contrato donde se define y acuerda expresamente la “normativa aplicable a la prestación” y estuviese mencionada entre ella.

En un Estado como Argentina, con un ordenamiento jurídico en el que conviven normas vetustas y contradictorias, por la ausencia de un digesto jurídico, la falta de vigencia y respeto por esta premisa implica un altísimo grado de inseguridad jurídica imposible de tolerar.

ii *Estabilidad normativa y adecuación consensuada*

La segunda premisa se refiere a la estabilidad de dicho marco regulatorio, y enseña que el mismo sólo podrá modificarse en las condiciones y mediante los procedimientos predeterminados en la misma normativa que integra el marco regulatorio, las cuales deben prever la necesaria participación de todos los sujetos involucrados, mediante los procedimientos, en las oportunidades y de acuerdo a las formas allí establecidas.

Ahora bien, el frecuente desconocimiento de estas dos premisas, constituye uno de los problemas más graves que enfrentan los prestatarios de las actividades bajo tratamiento, y es necesario entender que, a poco de producirse dichos problemas y en la medida que los mismos derivan o tienen su origen en actos o hechos del Estado,

⁶⁷⁸ Incluso anterior al mismo marco regulatorio.

pasan a ser “graves problemas” de ese Estado, del organismo regulador y, fundamentalmente de los usuarios finales.

Especialmente afectados por la inseguridad jurídica y la inestabilidad económica de las prestaciones, cabe advertirlo con énfasis, son los “millones” de usuarios potenciales, que aguardan la concreción de obras de infraestructura para acceder al servicio domiciliario de agua potable, desagües cloacales, energía eléctrica, gas natural y telecomunicaciones, así como también para tener a su alcance el transporte público.

En otros términos, por si no hubiese quedado claro, se intenta poner el acento aquí y destacar que, cuando los marcos regulatorios, en el sentido y alcance con que lo venimos exponiendo, son desconocidos en perjuicio de la ecuación económica financiera del contrato, de alguna manera ese perjuicio se traslada al usuario final, ya sea mediante una reducción de otras prestaciones, en detrimento de las normas de calidad, con una merma de las obras e inversiones o, en el peor de los casos, con aumentos en los valores tarifarios que podrían haberse evitado.

Alguien podría preguntarse bajo qué justificativos y con qué incentivos o expectativas el Estado cedería o resignaría en aquellos procedimientos públicos y participativos, el ejercicio exclusivo y excluyente del “poder de policía” o “poder de reglamentación” sobre el servicio. La respuesta a éste planteo es compuesta y exige algunas explicaciones para su correcto entendimiento y aceptación. Veamos.

En primer lugar, o como primera parte de la respuesta, advertimos que el Estado no puede ni debe, “nunca” y respecto de ninguna actividad, ejercer el poder de policía sin razonabilidad y legalidad y especialmente sin la participación de los sujetos afectados y beneficiados por el ejercicio de tal poder. Al respecto, desde siempre, el dictado unilateral y coactivo de normativas que modifican el orden jurídico vigente provocando daños concretos a terceros genera responsabilidad en el Estado, y le obligan a reparar los perjuicios.

Pensar que el Estado tiene absoluta libertad para modificar el orden jurídico vigente no tiene sustento si se piensa en el debido

respeto por los derechos adquiridos, en la vigencia de los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad que debe acatar estrictamente durante el desarrollo de sus actividades y la responsabilidad que le cabe por la variación de las condiciones bajo las cuales una persona privada, cualquiera sea la actividad que desempeña, ha comprometido, iniciado o concretado determinada inversión.

En segundo lugar, segunda parte de la respuesta, más importante y convincente todavía, se advierte que existe una cuestión de subsistencia de la actividad y, si se quiere, del Estado mismo.

En efecto, si se tiene en cuenta que se necesitan miles de millones de dólares para construir la infraestructura necesaria que llegue con servicios esenciales a la población, si además se agrega el escalofriante dato de que, en promedio, cincuenta por ciento de dicha población hoy no tiene acceso al agua potable, los desagües cloacales, la energía eléctrica y el gas natural en Argentina, si se anota también que tales carencias generan graves problemas en la vida, la salud, la seguridad y la integridad física de esa población y, finalmente, si se recuerda que la protección de dichos valores es lo que justifica la existencia misma del Estado, pues entonces es lógico y razonable concluir que ese Estado se encuentra ante la eventualidad de una vergonzosa desaparición, por ineptitud o impericia, a menos que encuentre las formas de salvar las falencias apuntadas.

Enseña ARIÑO ORTIZ en idéntico sentido, que la regulación es un contrato y no un acto de poder unilateral. Para el autor citado, “La regulación no debe responder nunca a un tipo de actuación/imposición “autoritaria”, sino a un modelo de acuerdo razonable, de ordenación por incentivos, muchas veces contractualmente pactados”⁶⁷⁹.

De este modo, aún cuando el ente regulador actúa imperativamente, estableciendo normas obligatorias a través de las distintas

⁶⁷⁹ Cfr. ARIÑO ORTIZ, “Seguridad jurídica en los servicios públicos privatizados...”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, página 104.

funciones que le han sido asignadas⁶⁸⁰, previamente a ese actuar imperativo hubo una etapa de consensos y acuerdos, durante la cual se construyeron los cimientos del sistema, se distribuyeron los derechos y las obligaciones de las distintas partes, incluyendo al Estado, y se acordaron los procedimientos y las formas como se llevaría a cabo la actividad regulatoria. Todo ello se sustenta en la invitación a ofertar que el Estado, titular del servicio, realiza en un comienzo, momento en el cual, además, pone a disposición de los invitados las condiciones institucionales bajo las cuales se prestarán los servicios⁶⁸¹.

Por su parte, CASSAGNE⁶⁸², al tiempo de comentar un proyecto de “Régimen Nacional de los Servicios Públicos” advierte sobre el tradicional conflicto entre la soberanía de la ley y la regla de que las cláusulas contractuales deben respetarse y cumplirse como si fueran la misma ley⁶⁸³, destacando el impacto que produce en la economía la resolución de este conflicto, especialmente por el modo en que pone en riesgo la estabilidad de los derechos adquiridos en el marco de contratos celebrados con el Estado.

Para el autor citado en último término, si bien la cuestión pasa fundamentalmente por la necesidad de que el Estado respete los compromisos asumidos en los contratos, en nuestro ordenamiento no existe el derecho a la estabilidad de los contratos frente a las leyes,

⁶⁸⁰ Mencionamos como funciones esenciales la de contralor, de reglamentación, sancionatoria y arbitral y como no esenciales la de planificación, seguridad pública, defensa de la competencia, control sobre limitaciones de transferencias accionarias y de composiciones societarias, de prórroga de habilitaciones y otorgamiento de nuevas habilitaciones, funciones dominiales y de control, reglamentación y autorización sobre la accesibilidad a las instalaciones e ingreso de nuevos prestatarios.

⁶⁸¹ Cfr. ARIÑO ORTIZ, “Seguridad jurídica en los servicios públicos privatizados...”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, página 104.

⁶⁸² Vid. Juan Carlos CASSAGNE, “La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, Capítulo VI páginas 198/199.

⁶⁸³ Principio conocido como *pacta sunt servanda*.

pero, ante la inevitable necesidad de modificarlos o afectarlos mediante la aplicación retroactiva de una norma legal, esta última, para ser constitucional precisa prever la declaración de utilidad pública del sacrificio de los derechos patrimoniales de los concesionarios y/o licenciatarios, y un sistema para fijar la previa indemnización (si no se opta por mantener el que rige para la Ley Nacional de Expropiaciones)⁶⁸⁴.

En definitiva, frente a esta cuestión de subsistencia, decirle al Estado que debe ejercer su poder de policía cuidando de no violentar compromisos asumidos, es poca cosa. Más bien parece nada. Y, en todos los casos, cualquiera sean las circunstancias y contingencias que afectan la prestación de un servicio esencial, la respuesta del Estado debe ser a favor de su continuidad.

No obstante lo expresado en último término, frente al cambio inevitable de condiciones por parte del titular del servicio (Estado), el reconocimiento y respeto por el derecho a obtener la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados que nace en el prestador privado es una muestra de madurez y prudencia jurídica, que, a corto plazo, también contribuye a generar confianza y mayor seguridad jurídica.

6. CONCLUSIÓN

La regulación no reemplaza ni total ni parcialmente el ejercicio del poder de policía del Estado. Por el contrario, en lo que hace a los servicios esenciales, lo complementa, y al complementarlo lo hace efectivo, lo “consume” y “perfecciona”. No es correcto, a nuestro criterio, ni equiparar conceptualmente ambos institutos jurídicos ni contraponerlos, pues si bien poseen autonomía y sustentos propios,

⁶⁸⁴ Cfr. CASSAGNE, “La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes...”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, Capítulo VI página 204 y ss.

ninguno de los dos podría existir ni, especialmente, “subsistir” sin el otro.

Esto es así porque la regulación estatal requiere de un marco normativo básico sobre el cual desempeñarse permanentemente, de un orden sobre el cual desarrollar su potencial. La regulación precisa, en otras palabras, del previo ejercicio del poder de imponer limitaciones a los derechos individuales que sólo el sujeto autorizado para dictar normas generales y abstractas puede ejercer “ab initio”.

Igualmente, ese poder de limitar los derechos individuales necesita, para efectivizarse y “actualizarse” en cada relación jurídica, de una “manifestación” independiente y capacitada, profundamente conocedora de la realidad y determinante respecto de la oportunidad de su aplicación en cada caso concreto.

Respecto de los servicios esenciales, servicios públicos en la doctrina mayoritaria, el poder de policía no es más que un conjunto de normas incógnitas, insuficientes, en la mayoría de los casos no actualizadas y, por ello, inoperantes, sin no tuviesen la actualización y adecuación a cada caso concreto, que de manera concomitante y posterior se ocupa de realizar la institución a cargo de la “regulación” mediante el ejercicio de tal función regulatoria.

En idéntico sentido, los entes reguladores no reemplazan a ninguna autoridad estatal con el ejercicio de sus competencias y la práctica de sus atribuciones. Por el contrario, los entes reguladores fortalecen y justifican la existencia y competencias del Poder Legislativo y Ejecutivo respecto de las actividades bajo tratamiento.

Los entes reguladores - las instituciones de regulación en general - legitiman ambos poderes del Estado porque “actualizan” sus decisiones, impiden que sus manifestaciones de voluntad, con mayor o menor grado de generalidad, se conviertan en simples anhelos, en mandatos imposibles de cumplir o, pero aún, en órdenes inconvenientes y de efectos negativos sobre los servicios esenciales. Los entes reguladores, con la aplicación razonable, proporcionada, concreta y especializada de las normativas vigentes, impiden que tales normas

jurídicas sean superadas por la dinámica social, económica y tecnológica.

Debe quedar asentado en este Capítulo, los fundamentos y motivaciones de la institucionalidad regulatoria, su necesidad, su justificación y su aporte para la eficiencia de las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población. En ese marco, también se intenta sustentar dos requerimientos esenciales del sistema, los cuales se manifiestan, en la práctica regulatoria diaria a cargo del Estado sobre tales actividades, en las condiciones de independencia y la especialización de los entes reguladores.

Al respecto, corresponde aclarar en esta instancia que, con esa independencia y especialización que se propone asegurar en los entes reguladores, no se impulsa, en modo alguno, la atribución a los organismos que ejercen la “función regulatoria” de naturaleza alguna que no sea la de organismos administrativos.

En este sentido, tal como se aclarara más arriba, aunque cabe reiterarlo aquí, tampoco se pretende atribuir a la “función regulatoria” otra naturaleza que no sea la de una especie del género “función administrativa”. Asimismo, respecto de la naturaleza de los actos derivados de su ejercicio – el de la función regulatoria – ya se ha expresado que se tratan, nada más y nada menos, que de “actos administrativos”.

En definitiva, nada especial o distintivo existe ni debe buscarse en la labor que desempeñan los entes reguladores, que no sea la de ejercer sus atribuciones con absoluta independencia funcional respecto de cualquier otra voluntad administrativa y la estar integrados por funcionarios altamente capacitados en la materia.

Además, y sin perjuicio de lo expresado, la independencia no implica de ninguna manera “discrecionalidad”, pues los entes reguladores han sido creados, especialmente, para respetar y hacer respetar los “marcos regulatorios”, entendidos éstos como el conjunto de principios y normas constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales conocidas y aceptadas por todas las partes, prestadores pri-

vados y Estado concedente, al momento de iniciarse la prolongada relación jurídica que los une.

Si bien la creación misma de entes reguladores independientes y especializados, encuentra uno de sus principales fundamentos en la imposibilidad de agotar el tratamiento jurídico de muchos aspectos de los servicios regulados mediante normas y cláusulas contractuales y si bien la principal función de dichos organismos es cerrar o completar los contratos en cada caso concreto, ambas cosas no implican atribuirles facultades o atribuciones extraordinarias.

Esto es así, en primer lugar, porque los entes reguladores actúan en un marco de competencias sumamente acotado y dirigido exclusivamente al servicio cuyo control y regulación se les ha encomendado, limitando su accionar a las relaciones que surjan directamente del mismo. En segundo lugar, el campo normativo en el que actúan y sobre el cual están autorizados a aplicarlo, interpretarlo, completarlo y verificar y exigir su cumplimiento es el “marco regulatorio”, sin poder ejercer sus atribuciones cuando para resolver cualquier relación hubiere que aplicar normas extrañas al mismo, salvo autorización expresa o requerimiento fundado.

Se han expuesto las razones políticas, jurídicas, sociales e incluso económicas, por las cuales es importante otorgar un tratamiento particularizado y diferencial a las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población. La más importante de tales razones se encuentra justamente en la estrecha vinculación que las mismas tienen con valores tan importantes como la salud, la vida y la seguridad, al tiempo que de ellas, de su eficiencia, depende en un altísimo porcentaje la posibilidad de obtener un desarrollo humano y económico sustentable en una región determinada, de asegurar el crecimiento con equidad y de combatir con posibilidades de éxito la pobreza estructural.

Continuando la construcción de esta teoría, y del “sistema” anhelado, más adelante se intenta demostrar porqué, conjuntamente con su rol de “regulador”, el Estado, a través de otras estructuras, debe mantenerse presente en las distintas etapas de las prestaciones

de los denominados por nosotros “servicios esenciales”, ya sea planificando políticas de Estado, contribuyendo a la concreción de determinadas obras e inversiones, construyendo un sistema adecuado de ayudas públicas a sectores carenciados o, simplemente, garantizando la estabilidad normativa y, con ello, la seguridad jurídica.

CAPÍTULO VIII
UN NUEVO MODELO PARA LA
PRESTACIÓN Y REGULACIÓN
DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

1. UN NUEVO MODELO PARA LA PRESTACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DESTINADAS A SATISFACER NECESIDADES ESENCIALES DE LA POBLACIÓN: LA ASOCIACIÓN PÚBLICO – PRIVADA
 - a) Síntesis parcial y aclaratoria

El presente Capítulo, donde comenzará a vislumbrarse y exponerse la tesis final, se ocupará en primer lugar para repasar rápidamente el concepto construido y fundado inicialmente sobre el servicio público, según el cual se atribuye a dicho término la naturaleza de una “técnica instrumental” que se aplica sobre determinadas actividades, dejando de lado la tradicional concepción del mismo como una “actividad”.

Por ello, de manera distinta a lo que comúnmente sostiene la mayor parte de la doctrina especializada, pero sin por ello contradecir a la misma, para calificar las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población se viene utilizando en este trabajo la siguiente expresión compleja: “actividades sujetas a un régimen especial de servicio público”. Asimismo, para hacer referencia a lo que comúnmente la doctrina especializada identifica como “servicios públicos” se utiliza aquí la expresión “servicios esenciales”.

En un segundo orden, se procura en el presente Capítulo fundar o motivar lo que desde un punto de vista genérico se ha denominado aquí “sistema regulatorio”, integrado básicamente por el marco regulatorio de un servicio esencial y la organización administrativa especialmente creada para aplicarlo. Esta última, es la institución o el conjunto de instituciones públicas que ejercen en la práctica la denominada “regulación económica sobre los servicios esenciales”, entendida ésta última como la parte de la función administrativa del Estado, de naturaleza económica, que se propone establecer “reglas obligatorias”, manifestadas a través de actos administrativos.

El modo de manifestarse de tales “reglas obligatorias” varía según sea la naturaleza del procedimiento que les da origen, de modo que pueden manifiesten a través de la emisión de una determinada orden regulatoria, mediante la aplicación de sanciones o como un acto derivado de la resolución de controversias o conflictos entre los actores del servicio o entre éstos y terceros. Vale aclarar que, bajo el concepto de “actores del servicio” incluimos a los usuarios, tanto actuales y como potenciales, y a las instituciones públicas, estatales y no estatales.

La regulación económica del Estado sobre los servicios esenciales es una actividad absolutamente independiente o autónoma de las demás funciones del Estado. Y, especialmente, se ha procurado hasta aquí, exponiendo los correspondientes fundamentos, diferenciar el ejercicio de dicha “función de regulación” del denominado “poder de policía del Estado”, aclarando que la primera no suple ni anula al segundo, sino que, por el contrario, lo complementa, permitiendo su aplicación práctica.

A partir de tales conceptos, la tarea realizada en capítulos anteriores también se orientó a justificar dicho rol complementario que la regulación económica sobre los servicios esenciales asume respecto del poder de policía del Estado. Complementario pero trascendental e inevitable.

Por ello, en el segundo título del presente Capítulo se muestran aspectos y características de las actividades bajo estudio, cuya

existencia convierte al ejercicio del poder de policía del Estado en un instrumento ineficiente por sí solo o, si se quiere, insuficiente, para controlar debidamente las prestaciones bajo reglamentación y especialmente para contemplar, a través de normas generales y abstractas, todo lo necesario y conveniente.

Sin perjuicio de ello, y reafirmando, se debe afirmar también que regular los servicios esenciales solamente mediante el ejercicio del poder de policía derivaría en un perjuicio hacia las prestaciones, desde que, la naturaleza económica de las mismas, las fallas que presentan los mercados donde se desarrollan y la situación de subdesarrollo que presentan en nuestro país, tanto desde el punto de vista de la infraestructura como de la tecnología, generan la imposibilidad de redactar leyes, reglamentaciones o títulos habilitantes – contratos de concesión o de licencia – con cláusulas que se basten a sí mismas y que puedan aplicarse eficientemente, sin mayores especificaciones para cada caso concreto.

Como derivación de lo expuesto hasta aquí, finalmente, se hizo también referencia a la importancia que adquieren los denominados “marcos regulatorios”, así como también la integración, complementación e interpretación de los mismos, con mayor o menor flexibilidad, a través del ejercicio de la regulación económica.

En este sentido, se ha expresado más arriba, en otros términos, que nuestro país necesita respecto de los denominados “servicios esenciales”, un orden jurídico que, si bien responda a principios generales, se encuentre conformado fundamentalmente por “normas flexibles de aplicación rígida”⁶⁸⁵. Es decir, normas que puedan adaptarse a la mutabilidad permanente de los servicios o actividades esenciales sobre las cuales se aplican, pero que, una vez configurado el caso y determinada su inclusión en una o varias normas integrantes del “marco regulatorio”, se cumpla estrictamente y sin mayores especificaciones.

⁶⁸⁵ Ver y ampliar en OPPENHEIMER, Cuentos Chinos. El engaño de Washington, la mentira populista y la esperanza de América Latina..., página 42

Ahora bien, en este marco teórico - práctico, se intentará esbozar a continuación una propuesta, que contiene las bases fundamentales de lo que, consideramos, constituye la mejor forma de tratar el sistema regulatorio a aplicar sobre las actividades sujetas a un régimen especial de servicio público y las funciones que corresponde desempeñar a los entes reguladores en el contexto referenciado.

Básicamente, corresponde destacar que no es posible utilizar para nuestros servicios esenciales un sistema de concesión o licencia con las características del que rige en la actualidad. Y es importante aclarar que esta afirmación no obedece o deriva de las eventuales fallas del sistema vigente, como pueden ser las normas ambiguas o contradictorias que se advirtieron al analizar las leyes de creación del Ente Nacional Regulador del Gas y del Ente Nacional Regulador de la Electricidad y como puede ser también la ausencia de una conceptualización clara y solvente respecto de lo que debe considerarse por “marco regulatorio” de cada actividad.

Por el contrario, el principal fundamento que justifica afirmar que el sistema tradicional de la concesión no es el más conveniente para nuestros servicios esenciales se encuentra en la naturaleza misma de tales actividades económicas y en la situación de desorden normativo y anarquía institucional, así como también en las enormes carencias estructurales, que los mismos presentan hoy en nuestro país, a lo que se suma la inestable situación política respecto de los mismos.

Concretamente entonces, se considera que la grave carencia estructural, la vetustez de la infraestructura existente y el importante atraso en materia tecnológica, exigen obras e inversiones de gran magnitud, cuyos costos son imposibles de asumir por los usuarios de los servicios o por el Estado, así como tampoco es factible que sean requeridos del sector privado, al menos no de manera exclusiva y excluyente.

Es necesario entonces, una especie de “asociación” entre el sector público y el sector privado, en la cual participen todos los actores de cada mercado y cuyas bases deben soportar, y asegurar al mismo

tiempo, una conducción consensuada, donde el sector público resigne parte de sus potestades y donde el sector privado se disponga a “tolerar” plazos mayores a los que comúnmente se requieren para la recuperación de las inversiones. Es importante tener en cuenta también, que el sistema debe prever las formas y procedimientos a utilizar en aquellos casos en los cuales sea necesario y conveniente que los usuarios aporten su parte, siempre en la medida de sus posibilidades.

En adelante se buscará fundamentar correctamente la conveniencia de tal sistema “asociativo” y la manera en que es posible llevar a la práctica la propuesta que aquí se expone, advirtiendo y resaltando sus implicancias positivas en la concreción del orden y la igualdad social, y recordando, al respecto, lo que alguna vez se ha expresado con crudeza pero con franqueza absoluta, en el sentido de que “El acceso poco equitativo a la infraestructura pública es otro elemento determinante dentro de la dinámica de la desigualdad... mientras más infraestructura tenga un país (se incluye en tal concepto las instalaciones para el suministro de electricidad, las telecomunicaciones, los caminos y los ferrocarriles) menor será su nivel de desigualdad”⁶⁸⁶.

⁶⁸⁶ En referencia a los niveles de inversión, imprescindibles para superar éste problema, el mismo estudio señala que “la acentuada reducción en las inversiones en infraestructura que tuvo lugar durante los años ochenta y noventa en muchos países de América Latina es causa de inquietud desde el punto de vista del crecimiento y la equidad. En ese sentido, esta tendencia ha originado una profunda y creciente brecha en términos de infraestructura entre América Latina y los países exitosos de Asia Oriental y de la OCDE. Este descenso fue causado por las grandes reducciones en el gasto público en infraestructura, primero durante la crisis de la deuda de los años ochenta y luego en el contexto de cálculos optimistas sobre el potencial de la privatización de los años noventa. Aunque el aprovisionamiento privado aumentó, sólo compensó del todo por las reducciones públicas en el sector de las telecomunicaciones” (ver y ampliar en David DE FERRANTI, Guillermo E. PERRY, Francisco H. G. FERREIRA, Michael WALTON, “Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿ruptura con la historia?”, *Estudios del Banco Mundial para América Latina y el Caribe, Resumen Ejecutivo*, 2002, página 13/14).

b) Ni privatización, ni estatización: el modelo asociativo

El concepto de “asociación público - privada” traduce un sistema o modelo para la prestación de los servicios esenciales y aquellas actividades que, aún no estando calificadas como tales, necesiten la implementación de programas o proyectos de mediano y largo plazo, y que impliquen la concreción de planes de obras e inversiones, renovación de instalaciones vetustas, incorporación de tecnologías de última generación e, incluso, adecuaciones normativas de importancia.

El “modelo asociativo” que impulsa esta creciente tendencia mundial⁶⁸⁷, trata fundamentalmente sobre un modelo por el cual el sector público se asocia con el sector privado para el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios, compartiendo riesgos y responsabilidades, adquiriendo plena vigencia y utilidad en los países en vías de desarrollo, donde los servicios suelen presentar los referidos problemas de infraestructura - por su carencia o por su vejez -, al tiempo que enfrentan una situación social especial, con un número considerable de usuarios en condición de indigencia e incapacitados económicamente, por ello, para afrontar el costo de los servicios. Asimismo, el modelo asociativo es una solución sumamente viable cuando desórdenes normativos graves⁶⁸⁸ requieren una adecuación paulatina e ininterrumpida.

Básicamente, mientras el sector privado asume compromisos de colaboración, inversión y transferencia de conocimientos (know how) y tecnologías, el Estado - sector público - se ocupa fundamentalmente de garantizar el mantenimiento de las condiciones pacta-

⁶⁸⁷ En nuestro país el caso práctico más notorio y destacado por el Banco Mundial es la concesión para el suministro de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Salta. Luego analizamos específicamente este caso.

⁶⁸⁸ Con la expresión pretendemos referirnos a la vigencia de normas ya inaplicables y muchas veces contradictorias, a los vacíos legales en temas de gran importancia, a la atribución de competencias idénticas en distintos organismos, a la ausencia de reglamentación respecto de temas que hacen a la seguridad jurídica, etc.

das, pudiendo en distintas etapas asumir la concreción de obras, diagramar ayudas públicas para casos de pobreza extrema y coordinar esquemas de prestación en zonas consideradas como no rentables.

La asociación público - privada se instrumenta mediante la suscripción de contratos de cooperación, documentos que contienen los derechos y obligaciones de ambas partes y las demás especificaciones técnicas que se determinen en cada caso, como ser los niveles de calidad con que se prestará el servicio, los cuadros tarifarios iniciales y los parámetros y procedimientos para su determinación, las zonas consideradas como “áreas de prestación” y los procedimientos para la incorporación de otras zonas no previstas inicialmente, los períodos y modalidades de facturación, etc.

Pero lo más importante tal vez no pasa por estos aspectos específicos que en definitiva irán adecuándose periódicamente y en base a pautas y procedimientos consensuados, sino por los criterios generales que sirven de guía y condición para las decisiones que se van adoptando. Con lo expresado, se hace referencia, en definitiva, a los cimientos de la construcción, a los pilares que deben soportar el peso cada vez mayor de una asociación expuesta a múltiples factores negativos y a circunstancias especiales, como son las influencias políticas, los cambios de Gobierno, las crisis económicas y los intereses creados, de diversos orígenes y con objetivos distintos, que encuentran refugio en las empresas y organismos públicos.

Respecto de esos cimientos y pilares que sostienen la asociación entre el sector público y el sector privado para la construcción de infraestructura, incorporación de tecnología, operación y mantenimiento de actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población, en base a nuestro propio razonamiento y a la normativa vigente en la Argentina⁶⁸⁹, es posible esbozar las siguientes bases fundamentales:

⁶⁸⁹ El Régimen Nacional de Asociación Público-Privada es aprobado mediante Decreto 967/2005 y se destina a facilitar la asociación entre el Sector Público y el Sector Privado para el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios. El mismo Decreto crea una Comisión de Evaluación y Desarrollo de Asociaciones

i. Estudio y conocimiento previo del servicio

Estudiar conjuntamente, y a través de equipos multidisciplinarios, la situación del servicio esencial respecto del cual pretende aplicarse un modelo de asociación público – privada, a los efectos de:

1. Realizar un inventario de bienes, descripción detallada de las condiciones en que se encuentran los mismos, antigüedad, registración, situación dominial, restricciones al dominio y servidumbres existentes y si las mismas se encuentran debidamente formalizadas y pagadas.

2. Determinar el número de personas que trabajan “en” y “para” la empresa a cargo del servicio hasta el momento, estimar luego la cantidad de personal necesario para la prestación del servicio en condiciones de economía, eficiencia y eficacia y en caso de existir diferencias acordar un programa de retiros y/o la tercerización de determinadas actividades en empresas formadas por trabajadores de la actual estructura.

3. Examinar los juicios en trámite e intentar un acuerdo respecto de los que se pueda y la tramitación ágil respecto de los demás.

4. Recabar y analizar detenidamente los datos estadísticos de relevancia, como ser la población con acceso a la infraestructura y servicios en condiciones de continuidad y regularidad; la población con acceso a la infraestructura pero con servicios discontinuos e irregulares y; la población sin acceso a la infraestructura.

5. Estudiar la situación de las fuentes de suministro, es decir, la cantidad en existencia (disponible) y cantidad en exploración del recurso a suministrar a la población y prever las acciones necesarias para asegurar su subsistencia por un período prolongado de tiempo.

6. Realizar un análisis completo y concreto – no estimativo – respecto de las obras e inversiones necesarias para abastecer la pobla-

Público-Privadas, el procedimiento que deberá observar el organismo de la Administración Pública que propicie una propuesta de asociación y determina la Autoridad de aplicación.

ción existente y sin acceso a la infraestructura o con acceso pero con servicios discontinuos, es decir, obras de expansión. Luego deberá extenderse dicho estudio, estimando el crecimiento vegetativo de la población, a futuras obras de expansión. Así también, finalmente, será imprescindible acordar la realización de obras mayores, de producción, elaboración, transporte y distribución, caracterizándolas y valuándolas.

7. Estudiar los niveles de calidad con que se presta el servicio y fijar los mismos, con el mayor detalle posible, en un documento a suscribir por ambas partes.

8. Acordar las obras e inversiones para mejorar paulatinamente dichos niveles de calidad y programarlas durante el período que dure la asociación.

ii. Asegurar políticas de Estado en la materia

Manifiestar y sostener un expreso compromiso por parte del Estado de otorgar a las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población la estabilidad normativa e institucional que les permita desarrollarse sostenidamente y con la mayor independencia posible de los avatares políticos y económicos propios de la historia y la existencia de un Estado.

No sólo es necesario, al respecto, asegurar un tratamiento uniforme y continuo durante determinado período de gobierno, sino que, mediante una política de Estado consensuada entre los distintos sectores políticos, sociales y económicos de la comunidad, debe afirmarse un estado de cosas que perdure en el tiempo y supere eventuales cambios de gobierno y posturas ideológicas.

iii. Construir la “institucionalidad regulatoria”

Es necesario afirmar en la teoría y en la práctica la independencia funcional de los entes reguladores, y asegurar la especialización y capacitación del recurso humano que integra tales organis-

mos. En definitiva, más allá de la denominación que pretenda darse a los organismos públicos estatales a cargo del control y regulación de tales actividades, lo importante es asegurar un marco de confianza y respeto hacia sus disposiciones.

En este sentido, es fundamental sanear eventuales ambigüedades y vacíos de las normas legales que les dan origen y construir una doctrina judicial clara e inamovible sobre la naturaleza jurídica de tales organismos, el alcance de sus competencias, los actos mediante los cuales ejercen sus atribuciones y deberes y los procedimientos y formas para la impugnación judicial de sus decisiones.

iv. Prever un ámbito orgánico especializado que concentre las decisiones políticas sobre la materia

Establecer un ámbito dentro del Poder Ejecutivo que defina políticas de Estado en la materia, que trabaje en conjunto con el o los prestadores privados y con el organismo regulador y que asegure consistencia y coherencia a las decisiones públicas sobre aspectos básicos de los servicios esenciales, como la planificación de inversiones para períodos prolongados, la coordinación y armonización del desarrollo urbanístico entre distintas jurisdicciones (nacional, provincial y municipal), la creación de un sistema único de ayudas públicas y el orden jurídico tributario.

v. Ejercer con prudencia la labor normativa

El respeto y compromiso, de todas las partes, por la indelegabilidad del poder de policía del Estado es una premisa fundamental. En este sentido, al tiempo que se conoce y acepta el orden jurídico vigente se acuerda su aplicación y su adecuación en casos que así corresponda, con la participación y consentimiento del sector privado involucrado y mediante procedimientos preestablecidos.

Las variaciones normativas no consensuadas generan inseguridad jurídica y provocan reacciones encontradas que derivan en conflictos interminables e irresolubles.

vi. *Orden tributario*

Responsabilidad fiscal de ambas partes y compromiso mutuo de respeto por los principios de proporcionalidad e igualdad en las cargas públicas y de la existencia de una contraprestación real y justificada como sustento de las tasas. Se volverá sobre este tema más adelante, mediante un tratamiento profundo y particularizado.

vii. *Asegurar procedimientos adecuados para el ejercicio de los derechos ciudadanos*

La transparencia y el carácter participativo de los procedimientos utilizados para la toma de decisiones sobre los servicios, es un aspecto a tratar con especial cuidado. En este sentido, no basta con enunciar demagógica e interminablemente los derechos de los usuarios, si no se asegura, concomitantemente, la posibilidad de que los mismos ejerzan con solvencia y eficiencia tales atribuciones.

La posibilidad de participación de usuarios y de terceros interesados en las distintas tareas vinculadas con el o los servicios, es una necesidad que hace a la confianza en la política de Estado construida y en la institucionalidad planificadora y reguladora, todo lo cual, sólo es viable asegurando a cualquier ciudadano el acceso a la información necesaria y un asesoramiento especializado y gratuito sobre aspectos técnicos y económicos.

c) ¿Porqué un modelo asociativo y no la “temida” privatización o la “retrógrada” estatización?

Los servicios esenciales o, si se quiere, las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población, participan de

una dicotomía muy especial, pues por una parte se dirigen a satisfacer esas necesidades básicas, pero, por otra parte, poseen una fuerte y marcada naturaleza económica. Lo primero tienta la razón para conducir desde un punto de vista estrictamente político – social las tarifas de las prestaciones, lo segundo, calma ese ímpetu inicial, ante la necesidad de respetar, también estrictamente, sus estructuras de costos naturales, para no deteriorar las ecuaciones económicas y financieras.

Es decir, en una actividad económica cuyo fin no es la satisfacción de necesidades elementales, el respeto por su estructura de costos y la correspondiente asunción de los mismos por parte de quienes desean consumir o usar sus productos, no incentiva actividad alguna por parte del Estado ni crea en él deber alguno de atender la situación de aquellos que desean o necesitan de la misma pero no pueden pagar sus productos.

Por el contrario, respecto de los servicios esenciales, el Estado sí tiene ese deber, el cual no sólo se limita a los aspectos esencialmente económicos y financieros, sino también a la calidad y el alcance de tales actividades.

En el marco de tal contradicción, sin dudas es el Estado la única persona que otorga prioridad en sus acciones al interés público, es quien asegura en cualquier proceso de cambios la atención prioritaria del bien común por sobre los bienes individuales, la protección del usuario, la atención de la pobreza y la expansión de las prestaciones hacia zonas de baja o nula rentabilidad. Es decir, el Estado es el factor de equilibrio entre lo social y lo económico.

Pero, por otra parte, ese Estado también carece de la capacidad económica y acceso al financiamiento para completar eventuales carencias estructurales, tampoco luce el Estado independencia plena para despojarse de criterios políticos y avanzar en decisiones de naturaleza predominantemente técnicas y, además, se encuentra expuesto a influencias de los distintos sectores de interés, lo cual atenta contra su imparcialidad.

Por su parte, si se visualiza la cuestión ubicando el análisis sobre el sector privado, es dable concluir en que éste tampoco esta capacitado para solucionar todos los problemas por su propio esfuerzo e iniciativa, ni posee los instrumentos suficientes para superar los obstáculos que se han enumerado y analizado brevemente más arriba, pues si bien éste sector ha demostrado a lo largo del tiempo, orden y eficiencia en la prestación de los servicios y una mayor accesibilidad a fuentes de financiamiento, para concretar las inversiones y avanzar con procesos permanentes de innovación tecnológica, se advierte también que carece de autoridad para hacer respetar el orden jurídico vigente y de estructuras institucionales que le permitan llegar a todos los sectores con información y propuestas, a lo cual se agrega que el hecho de que no está a su alcance enfrentar y solucionar la desigualdad que provoca la pobreza estructural y los costos de la construcción de infraestructuras.

En efecto, si bien los “servicios públicos” o “servicios esenciales”, especialmente aquellos de características monopólicas, son las actividades que mayor atención necesitan por parte del Estado, teniendo en cuenta su íntima relación con la seguridad, la salud pública y el desarrollo económico - social, son también tales actividades las que presentan la infraestructura más costosa, las técnicas de operación más complejas y especializadas y las estructuras más sensibles a técnicas de detalle, características del terreno y el desarrollo urbano. Y esto no puede dejar de tenerse en cuenta al momento de pensar que el sector privado todo lo puede.

Ahora bien, ¿qué importancia tiene atender la situación que aquí se plantea?, o en otros términos, correspondería preguntarse ¿cuán importante es salvar la falta de financiamiento del Estado y las influencias políticas sobre el mismo en decisiones de corte netamente técnico?; ¿qué grado de urgencia tiene solucionar el problema que significa la población carente de recursos para costear las inversiones necesarias?; ¿cuánto puede esperar la concreción de las inversiones, postergadas por ser de difícil o imposible recupero debido a sus costos?.

Las respuestas a éstos interrogantes no deben buscarse ni componerse de planteos meramente teóricos ni en elucubraciones doctrinarias, sino, fundamentalmente, en las estadísticas e indicadores oficiales y en los alarmantes datos que, si bien no aparecen con claridad en tales informes, surgen de la inocultable realidad social, como “fantasmas olvidados” que se aferran lagrimosos y expectantes a quienes visitan casualmente, o no, sus moradas. Veamos a que nos referimos:

i. Argentina carece de infraestructura básica

Durante mucho tiempo nuestro país careció de políticas definidas en materia de servicios públicos, y por más que algunos vinculen las críticas a las empresas estatales a cargo de los servicios, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX, con cuestiones ideológicas, lo cierto es que las arbitrariedades cometidas y la falta de un control efectivo dejaron lugar a una situación incontenible que estalló hacia fines de la década del 90⁶⁹⁰.

⁶⁹⁰ A nuestro criterio, para entender correctamente la realidad argentina – e incluso iberoamericana – en materia de servicios esenciales debemos retrotraer el análisis, por lo menos, hasta los últimos años de la década de los años ochenta, en la segunda mitad del siglo XX. En efecto, es entonces cuando el sistema de prestación estatal comienza a mostrar las consecuencias de tantos años con ineficiencias técnicas y administrativas, ausencia absoluta de mantenimiento, desinversión en infraestructura y freno de las expansiones. Es entonces cuando deviene imposible continuar escondiendo u ocultando la grave situación en que se encontraban nuestros servicios públicos y el Estado, por fin, sale a pedir “disculpas” a los usuarios, “participación” al sector privado y “colaboración” a los organismos internacionales. Todo ello para bien del país y sus habitantes, pues el reconocimiento del error es el comienzo de la solución. No pretendemos traer a este estudio cuestiones ideológicas ni mucho menos poner bajo la lupa distintas gestiones de gobierno. Cualquiera haya sido el partido político gobernante y las ideologías que sustentaron los actos y las decisiones de los distintos gobiernos, es evidente que no produjeron ningún resultado positivo, pero, para un mejor entendimiento de lo que decimos, veamos la situación de los servicios públicos en Argentina al momento de implementarse el sistema hoy vigente – muy maltratado y mutilado, pero vigente al fin – que referenciamos como un sistema de Estado titular, prestador

Justamente - y no por casualidad - es en ese año cuando se inicia un importante proceso de transformación sobre la base de los marcos regulatorios y la distinción institucional entre la titularidad, la prestación y el control y regulación de los servicios⁶⁹¹. Esta situación

privado y regulación y control independiente y especializados. Entre los aspectos negativos más destacables mencionamos los siguientes: i. En los aspectos económicos: ausencia de regímenes tarifarios, variaciones de valores tarifarios infundadas o voluntaristas, bajo nivel de inversión y atrasos tecnológicos. ii. En lo jurídico se notaba una carencia absoluta de reglas objetivas respecto de los siguientes temas fundamentales: factibilidades y expansiones, actualizaciones tarifarias, niveles de calidad, facturaciones, procedimientos para reclamos y ayudas públicas. iii. En cuanto a los aspectos relativos al control de las prestaciones, si bien existía un tímido control administrativo sobre el prestador (generalmente ejercido a través de los denominados "tribunales de cuentas"), el control independiente y especializado sobre las prestaciones era nulo, salvo algunos esporádicos controles internos poco transparentes y de dudosa imparcialidad. La gestión empresarial carecía de indicadores de eficiencia. iv. Técnicamente el panorama no era más alentador, pues las instalaciones obsoletas (y ocultas en muchos casos), la construcción de redes sin planificación, los niveles de calidad desconocidos y el empleo de materiales inadecuados, derivaban en servicios con permanentes e imprevistos cortes, sea que los mismos obedezcan al colapso de la infraestructura o a problemas con la existencia del recurso suficiente para abastecer a toda la población usuaria. v. Desde el punto de vista urbanístico y dominial, la infraestructura social de nuestro país verdaderamente representa un caos absoluto. Las numerosas instalaciones de abastecimiento ubicadas irregularmente en terrenos privados, las deudas millonarias por servidumbres no pagadas, miles de kilómetros de redes de distribución de agua, de recolección de desagües cloacales, de gas natural y de energía eléctrica que abastecen terrenos usurpados o no habitables, ausencia de inventarios de bienes (altas y bajas), dan cuenta de la ausencia absoluta de la autoridad. Cuando, desde nuestra función de asesoramiento a organismos del Estado o como integrantes de comisiones especialmente creadas para conducir los procesos de privatización, advertíamos esta realidad, teníamos la sensación de estar frente a un país abandonado por sus gobernantes.

⁶⁹¹ Fue entonces cuando, bajo la primer Administración del Presidente Menem, Argentina inicia el proceso de transferencia al sector privado de los servicios públicos, tales como el transporte y distribución de gas natural, el transporte y distribución de energía eléctrica, el transporte ferroviario en el área metropolitana, la captación, potabilización, transporte y distribución de agua potable en la entonces Capital Federal y aproximadamente 15 partidos del Gran Buenos Aires, la recolección de líquidos cloacales en la misma zona, incluyendo su disposición final, el servicio de telefonía fija, entre otras empresas y actividades. No obstante la impor-

apenas duró diez años, momento en el cual una intensa crisis llevaría al retorno de la anarquía⁶⁹².

tancia de tal “proceso”, mal denominado para algunos como “privatización”, lo cierto es que, frente a la situación caótica de nuestros servicios públicos, no bastaba con que el Estado se despojara de la responsabilidad de su prestación, por el contrario, fue necesario diagramar verdaderas políticas de Estado en la materia para luego plasmarlas en principios y reglas uniformes y estables que permitan planificar e incentivar las inversiones urgentes. Así es como, en la teoría del modelo vigente a partir de 1990, gran parte de las falencias destacadas encuentran una solución razonable y proporcionada, además de construirse, en dicho modelo, un sistema completo y abarcador de todos los aspectos necesarios. En resumen, lo que se hizo fue dictar marcos regulatorios generales; establecer regímenes tarifarios objetivos, conteniendo los valores a cobrar en cada caso, las distintas categorías de usuarios, los conceptos sujetos a cobro y los procedimientos y formas a respetar para realizar las actualizaciones correspondientes; procedimientos participativos para cuestiones atinentes a cada servicio; el estudio y planificación sobre los servicios; distinción entre titular, prestador y controlador; reglamentación de las factibilidades y expansiones y planes de obras y mantenimiento.

⁶⁹² Lamentablemente para todos, el respeto por las reglas creadas no duró mucho tiempo y, tan solo 10 años después, la crisis política y económica del año 2001 prácticamente suspendió la implementación de los principios y reglas del modelo descrito. Básicamente, y en lo atinente a los servicios públicos, destacamos la siguiente situación: a) Los “reguladores” comienzan a aplicar como “principios” dos polémicos criterios: “Los derechos de las empresas deben interpretarse restrictivamente” y “Los derechos emanados de los contratos se hayan subordinados al principio de orden público de “beneficio para el usuario”; b) Un proyecto de Ley de Servicios Públicos es enviado al Congreso de la Nación y se convierte en una amenaza permanente para todo proyecto de inversión, pues no establece procedimientos claros y objetivos para las actualizaciones tarifarias y modifica aspectos fundamentales del sistema; c) Se suspende la aplicación de los regímenes tarifarios (2002) (A septiembre 2006, hay 33 casos contra Argentina en la lista del CIADI (26 presentados por empresas privatizadas). Los contribuyentes argentinos deberían pagar un monto no inferior a los 17.000 millones de dólares - hay estimaciones superiores e inferiores -, si todos fueran resueltos en forma favorable a los inversores extranjeros); d) Los contratos de licencia y de concesión son suspendidos por Ley de emergencia (25.561) (Sobre 64 contratos a renegociar: se finalizaron 13, se rescindieron 3, se suscribieron Cartas de entendimiento en 28 casos, resta renegociar 20 contratos); e) Se excepcionan reglamentos con actos administrativos; f) Las obras se reconvierten en base a criterios políticos; g) Se modifican tarifas unilateralmente; h) Se “autorizan” subsidios “cruzados” y; i) Se expanden redes sin factibilidad ni planificación.

Sin embargo, y aún cuando reconocemos la gravedad de la crisis referida y el perfil dramático que la misma adquiere a partir del denominado “corralito financiero”, que impide a los ahorristas retirar su dinero de los bancos oficiales y privados, es importante advertir que, en lo que respecta a los servicios públicos, no toda la debacle fue consecuencia de la crisis, sino fundamentalmente, y lamentablemente por cierto, de algo mucho más subjetivo y provocado, como es el cambio ideológico en el sector gobernante.

Esto que decimos no es apresurado ni fruto de una concepción distinta a la del partido gobernante en ese momento, sino que surge claramente del Proyecto de Ley del Régimen Nacional de Servicios Públicos remitido al Congreso de la Nación por el Poder Ejecutivo Nacional el 24 de agosto de 2004 y que desde sus fundamentos muestra un revisionismo crítico respecto del proceso de transformación de los servicios públicos operado aproximadamente doce años antes, advirtiendo sobre el derecho del Estado de prestar los servicios públicos en forma directa, descalificando las instituciones creadas y resaltando – mediante la permanente invocación del artículo 42° de la Constitución Nacional – la característica de “privilegios” que tienen los derechos del concesionario de un servicio público, un concepto “político” con perfume a demagogia⁶⁹³.

El Proyecto que venimos comentando, significa prácticamente un retroceso de veinte años, con la titularidad y la prestación a cargo del Estado, aún cuando se prevé la “facultad” del mismo para “delegar” la prestación en personas jurídicas públicas o privadas, con fines de lucro o sin ello, o en cooperativas. Asimismo, traduce una idea bastante explicitada de terminar con las contrataciones vigentes – excluye la posibilidad de prórrogas futuras – así como también con los

⁶⁹³ A nuestro criterio, nuestra doctrina judicial debe revisar algunos conceptos que, en la práctica, sólo contribuyen a generar inseguridad jurídica, además de mostrar un trato desigual sin que existan motivos válidos para ello, pues los marcos regulatorios, las audiencias públicas, el control sobre las tarifas, entre otros aspectos, evitan la discrecionalidad del prestador y, con ello, igualan en gran medida la relación con los usuarios (ver en sentido similar, y comparar, CARBAJALES, *El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado...*, página 79).

regímenes tarifarios generales y objetivos. El Proyecto manifiesta el objetivo de abaratar las tarifas y la facultad del gobierno de producir variaciones en las mismas “en cualquier momento y por mejora de eficiencia⁶⁹⁴.”

Mientras estos “juegos” políticos e ideológicos suceden, en nuestro país existen numerosas zonas no servidas o mal servidas, que motivan implementar de manera urgente políticas de Estado para planificar expansiones hacia zonas no abastecidas. El desarrollo económico, el progreso social, las iniciativas micro y macro económicas, la atención primaria de la salud, la seguridad y la vida de millones de personas que habitan nuestro país, se encuentran en riesgo a causa, especialmente, de la falta de acceso al agua potable, la depuración de líquidos cloacales y la energía eléctrica.

Estudios especiales respecto de las consecuencias de la crisis que debió soportar Argentina hacia fines del siglo XX dan cuenta de ésta realidad⁶⁹⁵, aunque es importante tener en cuenta que, aún antes de la crisis mencionada, nuestro país ya presentaba gravísimas falencias en sus servicios esenciales, con infraestructura obsoleta, porcentajes importantes de población sin acceso a la misma y sin capacidad económica para pagar por los costos de los servicios esenciales en caso de poder acceder a ellos.

A punto tal llega la gravedad de la situación, que, especialmente en los sectores de agua potable⁶⁹⁶ y energía eléctrica⁶⁹⁷, los procesos

⁶⁹⁴ Ver, entre otros artículos, el 7°, 8° y 23° y ampliar en CARBAJALES, *El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado...*, página 79/81).

⁶⁹⁵ Cfr. Vivien FOSTER, “Impacto social de la crisis Argentina en los sectores de infraestructura”, *Oficina del Banco Mundial para Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay. Documento de trabajo N.1/05*, Abril 2003.

⁶⁹⁶ Es importante transcribir aquí el valioso análisis realizado sobre esta temática desde la doctrina especializada, más allá y sin perjuicio de que se comparta o no tales conclusiones: “La visión neoliberal acerca del costoso y deficitario papel del Estado en el cumplimiento de las responsabilidades y metas que le otorgaba la ciudadanía – acerca de sus demandas y derechos naturales al suministro de agua potable y saneamiento ambiental – no se convirtió en un importante esfuerzo por cambiar cualitativamente el papel del Estado para desarrollar positivamente esta

función. Por el contrario, para responder y mejorar positivamente el cumplimiento de las demandas de esos derechos, el Estado comenzó a perder y delegar funciones para, finalmente, dar intervención directa de las grandes corporaciones privadas. A partir de la década de los cincuenta, se inicia un proceso donde el Estado deja de sostener los niveles de expansión en agua y saneamiento –generado en parte por el rápido y masivo crecimiento de los asentamientos poblacionales sin estructuración urbana –, dando lugar a una asincronía creciente de la cobertura en los servicios. De esta manera, dejó a la resolución individual de los hogares las formas de provisión de esos servicios, lo que involucraba también la intervención de empresas privadas encargadas de proveer estas formas de resolución. A partir de los años ochenta, la transferencia de los servicios de agua y saneamiento a la órbita de los gobiernos provinciales, la generalización de programas de apoyo financiero externo para el sector, el endeudamiento y déficit fiscal del Estado, se constituyeron en factores que –en el contexto de las disputas entre los grupos económicos locales más importantes vinculados a grupos económicos del exterior y los acreedores externos– fueron creando las condiciones para el proceso desencadenado a inicios de los años noventa, caracterizado por una rápida y masiva transferencia de estos servicios a la empresa privada con participación de grandes conglomerados transnacionales. La emergencia del nuevo carácter de la tarifa tendió a reestructurar el derecho de la ciudadanía a un servicio público y lo instaló como un deber del usuario a un servicio privado, transformándolo en un mero cliente. Dejaba de sustentarse en criterios de universalidad y de prevención sanitaria y ambiental como política social, auxiliado por el Estado (a través de subsidios cruzados), para asentarse sobre la base de un bien por el cual se paga para tener acceso a él. La lógica propia de la empresa tendió hacia las expansiones de mayor rentabilidad, para finalmente construirse una nueva diferenciación e integración: los sectores de bajos ingresos, no rentables para la empresa, serían un problema de política social a cargo del Estado. En el esquema de tres polaridades (Estado, empresas y ciudadanía) sugerido como una manera de instalar una representación de los actores fundamentales del problema, es necesario enfatizar cuál fue y es en cada uno de esos polos la presencia y la intensidad con que las diferentes fracciones sociales participaron en el logro de sus necesidades e identidad social. La resultante dominante en las referidas polaridades es que la presencia socialmente determinante se focalizó en los estratos del poder socio-económico más concentrado. Los sectores más afectados en cuanto a la provisión de agua potable y saneamiento son simultáneamente los más carentes de participación en las diversas dimensiones de los procesos de redistribución del poder social presentes en esos tres actores. Por lo tanto, ampliar al conjunto de la ciudadanía los beneficios de un eficiente servicio de prestación de agua y desagües cloacales exige trascender a las actuales representaciones sociales y políticas que se hacen presentes de manera restrictiva y dominante, excluyendo de hecho a los sectores sociales más pauperizados. La experiencia analizada en el caso argentino muestra que tanto el Estado como las alternativas de participación privada se presentan con serias dificultades

de privatización sucedidos hacia principios de los años noventa buscan salvar esas falencias con la intervención del sector privado⁶⁹⁸.

estructurales y financieras para enfrentar las metas y demandas que las Naciones Unidas le señalan como deseables e imperativas. De mantenerse inamovible los modos dominantes en que se desenvuelven los emprendimientos de la provisión de agua potable y saneamiento, nada hace prever que estas metas puedan ser cumplidas” (ver y ampliar con seguro provecho en Daniel AZPIAZU, Martín SCHORR, Emilio CRENZEL, Gustavo FORTE y Juan Carlos MARÍN, “Agua potable y saneamiento en Argentina. Privatizaciones, crisis, inequidades e incertidumbre futura”, 2005, páginas 1/3 (investigación desarrollada en el marco del proyecto Prinwass «Barriers to and conditions for the involvement of private capital and enterprise in water supply and sanitation in Latin America and Africa: Seeking economic, social, and environmental sustainability» *European Commission-5th Framework Programme* (INCO-DEV), Contract: PL ICA4-2001-10041.

⁶⁹⁷ Para obtener información estadística y una opinión fundada respecto de la situación del sistema eléctrico argentino en los distintos momentos de nuestra historia constitucional y especialmente al momento del proceso de transferencia de los servicios al sector privado, hacia fines del siglo XX, puede consultar el lector con seguro provecho el valioso estudio de Manuel A. ABDALA y Pablo T. SPILLER, *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*, Temas Grupo Editorial, Fundación Gobierno y Sociedad, Buenos Aires, 2000, *passim*.

⁶⁹⁸ Sobre este tema se ha expresado que “... al ponerse en marcha la reforma, en el bienio 1992 - 1993, el sistema eléctrico argentino se caracterizaba por el predominio casi exclusivo de empresas públicas de jurisdicción federal (nacional y binacional) o provincial. Las empresas de jurisdicción federal concentraban el manejo de las grandes centrales de generación, los grandes usuarios en todo el territorio nacional, la mayor parte del transporte en alta tensión y la distribución en el ámbito del Buenos Aires, incluyendo también la ciudad de La Plata y sus alrededores. La empresa SEGBA realizaba la distribución en esa área y controlaba las grandes centrales térmicas ubicadas en la ciudad de Buenos Aires. En la mayor parte de las provincias existían empresas públicas de esa jurisdicción que, junto con las cooperativas, desempeñaban casi exclusivamente la función de distribución. Sólo las empresas provinciales de Buenos Aires y Córdoba poseían generación de cierta envergadura pero que, de cualquier modo, no alcanzaba a significar más del 5% del total. La crisis registrada en Argentina a lo largo de los años 80 fue ocasionando un profundo deterioro en la gestión de las empresas públicas, especialmente de aquellas de carácter federal. Los retrasos en el ajuste de las tarifas y los contratos leoninos con el sector privado fueron dando lugar a un rápido incremento de su endeudamiento y a fuertes desequilibrios financieros, que debería ser cubiertos por el tesoro nacional. Hacia fines de la década el sistema eléctrico argentino presentaba una situación de virtual insolvencia, que coincidió con una importante crisis de desabastecimiento ocasionada por un período de sequía

Diez años después, estudios muy serios y fundados dan cuenta que la sola participación del sector privado no es suficiente y que deben buscarse alternativas válidas⁶⁹⁹.

En efecto, si bien las privatizaciones tuvieron también una motivación de naturaleza fiscal, fundamentalmente, el Estado buscaba superar la situación de emergencia en que se encontraban los servicios esenciales, los cuales, hacia fines del siglo XX atravesaban uno de los momentos más delicados de la historia constitucional argentina, con una grave crisis de abastecimiento en materia energética, vetustez de la infraestructura y un Estado financieramente imposibilitado de afrontar las costosas obras e inversiones necesarias. Difícilmente pueda pensarse que el solo hecho de privatizar tales actividades sería suficiente para superar la situación descrita, no obstante lo cual, la falta de solución de muchos de los graves problemas fue motivo suficiente para poner en tela de juicio el proceso privatizador en la Argentina.

En adelante, no deberían cometerse los mismos errores, para lo cual aparece como fundamental cumplir las bases teóricas y prácticas que se han mencionado en el punto anterior, y, a partir de allí, iniciar un proceso conjunto de construcción y reconstrucción de los servicios esenciales⁷⁰⁰.

y el respaldo insuficiente de las centrales de generación térmica que derivó de la falta de mantenimiento. Aunque esta situación contribuyó a justificar la necesidad de introducir fuertes cambios, la reestructuración del sistema eléctrico se derivó principalmente de la reforma global en los planos económico y energético general, siguiendo sus lineamientos estratégicos” (ver y ampliar con seguro provecho en Héctor PITONESI, “Marco regulador, privatización y modernización del Estado”, Proyecto ILPES/CAF, *Serie Gestión pública Desempeño de las industrias de electricidad y gas natural después de las reformas: el caso de Argentina*. Santiago de Chile, diciembre de 2001, páginas 45 y 46).

⁶⁹⁹ Cfr. Gustavo SALTIEL, “La participación del sector privado en los servicios de agua y saneamiento en la Provincia de Salta en Argentina”, *Banco Interamericano de Desarrollo*, Washington D.C., Abril de 2003, *passim*.

⁷⁰⁰ Es importante, a los efectos de graduar los perjuicios de haber retornado a la imprevisión y la arbitrariedad de décadas pasadas la política sobre nuestros servicios públicos, conocer brevemente las estadísticas de los servicios públicos en

- ii. *Un alto porcentaje de población tiene problemas para pagar los costos de servicios esenciales eficientes*

Es imprescindible destinar fondos especialmente para la atención de estos casos y establecer las condiciones y los requisitos para acceder a una ayuda económica para el pago del servicio.

La solución encontrada hasta ahora para “solucionar” este problema es tan sencilla como ineficiente y peligrosa, pues además de incumplir las adecuaciones tarifarias establecidas en los contratos respectivos, se destinaron fondos públicos indiscriminadamente para subsidiar determinadas categorías de usuarios (generalmente los de menor consumo). Lo primero provocó innumerables demandas contra Argentina en tribunales internacionales, por las cuales los usua-

Argentina, es decir, 35% de la población sin acceso al agua potable, 45% de la población sin acceso al saneamiento, 25% de población sin acceso a energía eléctrica, 45% de la población sin acceso al gas natural. En otros términos, de 38 millones de argentinos aproximadamente 12 millones no acceden de manera segura al agua potable y son 16 los millones de argentinos que no acceden a un sistema seguro de saneamiento, de 38 millones de argentinos aproximadamente 9 millones no acceden al Sistema Interconectado Nacional de Energía Eléctrica, de 38 millones de argentinos aproximadamente 16 millones no acceden al servicio de gas natural por redes.

Advertimos también que las personas sin acceso al sistema de redes de servicios públicos como gas natural, energía eléctrica y agua potable, “pagan” por el recurso entre 3 y 5 veces más. Pero como ese costo no puede ser asumido por el “usuario”, el Estado subsidia con el dinero de los contribuyentes los costos de camiones aguadores, garrafas y grupos generadores. Si a esto le sumamos el retorno de los cortes programados por falta de recurso y el riesgo de colapso eléctrico, la existencia de un 62%, aproximadamente de las instalaciones en estado de obsolescencia y los altos porcentajes de pérdidas en redes, y si tenemos en cuenta que la falta de actualización de los valores tarifarios de los distintos servicios derivó en el freno de los planes de obras e inversiones y en los mayores costos por sistemas alternativos de provisión, por compra de fuel oil a Venezuela y de gas natural a Bolivia y por juicios perdidos en el CIADI, es inevitable concluir en que la crisis pudo administrarse mejor. Los resultados a mediano y largo plazo por medidas como suspensión de contratos, prórrogas de actualizaciones tarifarias y cambios en planes de obras e inversiones son y serán para el bolsillo de los “usuarios” más perjudiciales que haber mantenido el sistema vigente.

rios están pagando, en indemnizaciones, mucho más de lo que hubiesen pagado a través de las tarifas contractuales.

Lo segundo, al asignarse el subsidio según el nivel de consumo, se convierte en una solución costosa, ineficiente y perversa, puesto que existen miles de usuarios pudientes que consumen “poco” y miles de usuarios en situación de indigencia que consumen “mucho” por tratarse de familias numerosas y con mayores necesidades y mayor tiempo de convivencia en el domicilio de consumo. Es más, en la mayoría de los casos es así.

Por lo cual es imprescindible, entonces, establecer un sistema nominal de subsidios, que incluya la visita de un asistente social especializado al domicilio de la familia que lo solicita y constate la situación de indigencia. Esta metodología requiere, obviamente, mayor trabajo y esfuerzo por parte de las estructuras estatales, pero, justamente, es “trabajando” y “esforzándose” que los países suelen superar situaciones de emergencia y encontrar el camino del desarrollo.

Iii Argentina adolece de un crecimiento urbanístico desordenado, con profundas irregularidades dominiales

No sólo deben implementarse políticas de regularización dominial, especialmente orientadas hacia sectores carenciados, sino, más difícil aún, debe acordarse con los prestatarios la modalidad de abastecimiento para estas zonas, hasta que sea posible su regularización.

Los entes reguladores de nuestro país dedican gran parte de su tiempo a solucionar las denuncias de miles de personas que “habitan” zonas calificadas como “no habitables” por estar cercanas a cauces de ríos y ser por ello “inundables” o porque la existencia de líneas de alta tensión, gasoductos y fábricas que desarrollan actividades industriales riesgosas las exponen a riesgos de daños en la salud humana o explosiones, e incluso zonas a las cuáles es sumamente riesgoso y costoso llegar con la infraestructura de servicios. Casi en el cien por ciento de los casos se trata de personas de bajos recursos.

En idéntica situación se encuentran aquellas personas que han pagado sus terrenos y construido sus casas en lugares a los cuáles no se les había otorgado la “factibilidad de servicios”, esto es, la manifestación por parte del prestador de los servicios esenciales certificando que la zona puede ser servida con los servicios correspondientes y qué parte de la infraestructura corresponde que sea realizada por el mismo prestador y parte es a cargo del usuario.

En todos estos casos, el regulador se encuentra ante un gran dilema que no puede resolver aisladamente sino que necesita la colaboración de todos los organismos públicos con competencia en la materia, sean sobre temas hídricos, dominiales, registrales, de seguridad y legislativos, así como también en materia ambiental. Pero fundamentalmente, se necesita de la actitud tolerante y de colaboración del prestador privado, a los efectos de buscar soluciones acordes a la situación descrita.

*iv. Deben establecerse niveles tarifarios acordes con los costos de las prestaciones y respetarse las adecuaciones periódicas*⁷⁰¹

El tratamiento de las tarifas de los servicios públicos es una cuestión verdaderamente compleja, especialmente porque, como bien explica SACRISTÁN, constituye “... un punto de encuentro para consideraciones tanto económicas como jurídicas, y un punto de confluencia de tres juegos de intereses aparentemente divergentes: los del regulador, los de la empresa regulada prestadora del servicio público, y los de los usuarios”⁷⁰².

⁷⁰¹ Para una lectura completa del régimen tarifario de los servicios públicos a nivel nacional e internacional sugerimos, con seguro provecho, recurrir al lucido estudio de Estela B. SACRISTÁN, *Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2007.

⁷⁰² Cfr. SACRISTÁN, *Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales...*, Capítulo II, página 43.

Las tarifas de los servicios esenciales deben “resguardarse” de las circunstancias políticas y las conveniencias o inconveniencias del momento, elaborándose y determinándose estrictamente en respuesta a los factores económicos propios de cada mercado, los niveles de calidad establecidos para cada etapa y las obras e inversiones que se convengan realizar durante el tiempo de su vigencia.

Nuestro país necesita una reestructuración tarifaria general en la materia, para lo cual es imprescindible analizar cada caso y fijar de común acuerdo los valores que van a regir por un período de dos, cinco o diez años y las pautas bajo las cuales se realizarán actualizaciones periódicas (trimestrales, semestrales o anuales).

v. *Problemas institucionales. La multiplicidad del control muestra ineficiencia estatal y genera inseguridad jurídica*

En la práctica cotidiana, casi todos los ámbitos de actuación de los reguladores presentan problemas de competencia, a saber: i.- en materia ambiental, por la labor de organismos creados específicamente para el cuidado del ambiente y los recursos naturales; ii.- en lo que hace a la actuación del ente de control externo del sector público nacional, la Auditoría General de la Nación⁷⁰³, tanto respecto del control que ejerce sobre los prestatarios de servicios regulados como respecto de los mismos “entes reguladores”; iii.- en la actuación concomitante del defensor del pueblo⁷⁰⁴; iv.- en la labor que desempeña el Tribunal de Defensa de la Competencia; y v.- en la actividad de las asociaciones civiles de defensa de usuarios y consumidores.

A continuación, se intentará una breve referencia respecto de cada punto señalado.

⁷⁰³ Creada por Ley 24.156 de Administración Financiera y de los sistemas de control del sector público nacional (art. 116°).

⁷⁰⁴ Cfr. Daniel M. NALLAR, “Sobre la jurisdicción y competencia del Defensor del Pueblo de la Nación”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1997, año 9, *passim*.

A.- Respecto de la defensa y protección del ambiente humano y de los recursos naturales, generalmente la Administración centralizada o descentralizada suele estructurar secretarías de estado o direcciones que se ocupan del tema⁷⁰⁵. Sin embargo, como el ejercicio de las actividades sujetas a la regulación de los entes reguladores también puede afectar el ambiente y los recursos naturales, con frecuencia se producen interferencias que obstaculizan la labor de ambos organismos.

Tal circunstancia no sólo pone en riesgo la actividad regulatoria, sino que, más peligroso todavía, provoca perjuicios injustificados a los usuarios y/o a los demás actores del mercado con medidas que pueden ser razonables en sí mismas pero que en el contexto del marco regulatorio de un servicio determinado atenta contra la competencia, obstaculiza injustificadamente una inversión impostergable, provoca mayores costos, que en la mayoría de los casos serán trasladados a los usuarios finales, violenta el principio de igualdad o, lisa y llanamente, contraría una norma preestablecida de jerarquía legal, reglamentaria o contractual.

B.- Respecto del control económico, financiero, dominial y patrimonial de los prestadores privados, con idénticos objetivos a los que se atribuyen a los entes reguladores en la materia, se ha creado la Auditoría General de la Nación, disponiendo el artículo 117° de la Ley 24.156 que "es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal y de gestión⁷⁰⁶, así como también dictaminar sobre los estados contables financieros de ... los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos".

Como puede advertirse fácilmente las competencias de la Auditoría general se contraponen con las de los entes reguladores, favo-

⁷⁰⁵ No es nuestra intención referirnos aquí a casos concretos por lo cual preferimos no hacer mención particular de ningún organismo nacional o provincial.

⁷⁰⁶ La frase "y de gestión" fue observada por decreto 1957/92.

reciendo la inseguridad jurídica, la incertidumbre, y con ello, la desprotección de los ciudadanos usuarios.

C.- En cuanto a la función de defensa del usuario que el regulador practica a los efectos de subsanar la desigualdad inicial e inevitable entre el usuario y el prestador, especialmente por el profundo conocimiento del orden normativo del servicio, que éste último tiene y el primero no, y por la carencia de medios, en la mayoría de los usuarios, para hacer valer sus derechos, cabe advertir la, por momentos "histórica" y por momentos "demagógica" actuación del Defensor del Pueblo de la Nación.

En efecto, la Constitución Nacional, luego de la reforma efectuada en el año 1994, incorpora a su normativa, como órgano independiente, en el ámbito del Congreso de la Nación, al Defensor del Pueblo, cuyas misiones son la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la *Administración*; y el control del ejercicio de las funciones *administrativas públicas*⁷⁰⁷.

La competencia del Defensor del Pueblo, constitucionalmente definida, consiste en la defensa y protección de los derechos humanos y de los demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución y las leyes, pero no existe norma alguna que le autorice expresamente a actuar en materias ya encomendadas a los entes reguladores⁷⁰⁸.

D.- Finalmente, en lo que hace a la defensa de la competencia, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia actúa sobre "todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o parte del territorio nacional"⁷⁰⁹ y cuando se trata de actividades sobre las cuales ac-

⁷⁰⁷ Vid. Artículo 86°.

⁷⁰⁸ Cfr. NALLAR, "Sobre la jurisdicción y competencia del Defensor del Pueblo de la Nación...", página 209.

⁷⁰⁹ Cfr. Ley 25.156, artículo 3°.

túa un ente regulatorio sus competencias y potestades se mantienen intactas, debiendo, en caso de concentraciones económicas, "previo al dictado de su resolución... requerir a dicho ente estatal un informe y opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica"⁷¹⁰.

De más está decir que la mayor actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia se desarrolla respecto de los monopolios naturales o artificiales vinculados a servicios esenciales, y respecto de aquellos casos en que, sin llegar a una situación de monopolio, algún agente de determinado mercado se encuentre en condiciones dominante y pretenda abusar de ella⁷¹¹.

Esta situación, por otra parte, se manifiesta concretamente en el artículo 16° de la Ley 25.156, cuyo texto, en la práctica, convierte al regulador en un mero consultor del Tribunal en esta materia. Dispone la norma citada en último término que *"Cuando la concentración económica involucre a empresas o personas cuya actividad económica esté reglada por el Estado nacional a través de un organismo de control y regulación, el Tribunal Nacional de Defensa de Competencia, previo al dictado de*

⁷¹⁰ Vid. Ley 25.156, artículo 16°.

⁷¹¹ Establece la Ley bajo estudio en su Capítulo II y bajo el título "De la Posición Dominante" que "A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos" (cfr. Artículo 4°). Asimismo, continúa tratando el tema la Ley citada en el artículo 5°, cuyo texto establece que "A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder".

su resolución, deberá requerir a dicho ente estatal un informe y opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo. El ente estatal deberá pronunciarse en el término máximo de noventa (90) días, transcurrido dicho plazo se entenderá que el mismo no objeta la operación. La opinión se requerirá dentro de los (TRES) 3 días de efectuada la solicitud. El plazo para su contestación será de (QUINCE) 15 días, y no suspenderá el plazo del artículo 13⁷¹².

En definitiva, por todo lo expuesto hasta aquí, se considera fundamental y urgente trabajar en la subsanación de todos los casos en que se produce superposición de funciones, en lo referente al control y regulación de los servicios esenciales, atribuyendo competencias y potestades idénticas en distintos organismos públicos estatales.

Una correcta distribución de potestades y competencias entre los organismos administrativos es imprescindible, no sólo en honor al principio de uniformidad en las decisiones que debe resguardarse en la actuación estatal, sino al deber de eficiencia y eficacia que tiene el Estado y a los graves perjuicios que provoca la dispersión estructural y funcional de los controles y la regulación.

La dispersión de funciones y competencias no hace más que poner obstáculos a la eficiencia, crear incertidumbre en el regulado, provocar reacciones impredecibles en el regulador y, lo que es peor, graves perjuicios al usuario, el cual percibe que sus derechos y sus posibilidades de progreso social y económico nuevamente se encuentran en el medio de debates políticos y doctrinarios.

⁷¹² El segundo párrafo de la norma es incorporado por art. 5° del Decreto N° 396/2001. Hubo ya un conflicto de competencias muy grave, que pasó desapercibido por la destacada discreción de los afectados, cuando la Secretaría de Defensa de la Competencia dictaminó que la española ENDESA debía vender una de las dos distribuidoras de electricidad que controlaba y exigió al regulador - E.N.R.E. - que actuara en concordancia. Todo esto sucedió en agosto del año 2000.

Por ello, corresponde insistir con la postura que se expusiera en alguna oportunidad⁷¹³, en el sentido que, en principio, las competencias de un organismo estatal se ejercen siempre que no exista otro organismo estatal que, en materias específicas, cumpla con iguales fines, puesto que lo contrario significaría alterar un orden preestablecido e ir contra el fin mismo de la actuación estatal.

En este último caso, los derechos de los particulares administrados quedan suspendidos o fracasan en su ejercicio porque la intervención desarticulada del Estado provoca conflictos de competencias que derivan en la inactividad final luego de un largo camino de escritos, pases, recursos administrativos y judiciales⁷¹⁴.

⁷¹³ Cfr. NALLAR, *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público...*, capítulo VII, página 97. Allí agregábamos también que "En un alto porcentaje de casos, los derechos de los particulares administrados quedan suspendidos o fracasan en su ejercicio porque la intervención desarticulada del Estado provoca conflictos de competencias que derivan en la inactividad final luego de un largo camino de escritos, pases, recursos administrativos o judiciales, etc. Nada es peor para el ciudadano que la multiplicación de órganos con competencias sobre una misma materia puesto que, cuando más de un organismo entiende sobre una misma cuestión se arroja un manto de incertidumbre e inseguridad en el ciudadano, que termina con el fin del Bien Común que persigue el Estado. No debemos olvidar que una de las tareas más complejas y voluminosas que se debieron llevar a cabo para concretar la gran transformación estatal fue la remoción de "...los obstáculos que presentaba la legislación vigente, acudiéndose a derogaciones en bloque, deslegalizaciones y profundas innovaciones normativas...". En gran parte, las derogaciones e innovaciones incluían la de organismos con competencias idénticas y normas contradictorias, que no hacían más que crear un inmenso ámbito de incertidumbres e indefiniciones. Consideramos necesario, para cuidar la salud de las nuevas estructuras creadas y la plena operatividad de las mismas, ser sumamente prudentes cuando se interpretan las competencias de las instituciones y el ejercicio de los derechos, pues los derechos de los ciudadanos, constitucionalmente reconocidos, merecen una defensa especializada y fundamentalmente respetuosa de los derechos reconocidos a sus pares. Eso es satisfacción del Bien Común. Es un deber del funcionario, del legislador y del juez, cuidar el eficiente y ágil funcionamiento de las instituciones y la operatividad del derecho vigente.

⁷¹⁴ Cfr. NALLAR, "Sobre la jurisdicción y competencia del Defensor del Pueblo de la Nación...", página 220.

2. PREMISAS BÁSICAS DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICA - PRIVADA

a) El consenso basado en la confianza mutua

El primer objetivo del Estado como socio es crear y mantener un marco de consenso político, aceptación social, seguridad jurídica, planificación sobre las inversiones, regulación urbanística y orden tributario, para lo cual como expresáramos más arriba se dictan los denominados “marcos regulatorios”, cuerpos normativos donde se contempla con el mayor detalle posible los derechos y obligaciones de los prestadores, la protección del usuario, la expansión del servicio hacia zonas no abastecidas, la protección del medio ambiente y la calidad de las fuentes.

Los expertos sitúan el subdesarrollo en materia de “servicios públicos”, esencialmente en la falta de acuerdos entre los sectores público y privado. En tal sentido se expresa que “... en el mundo no hay escasez de capitales privados para realizar las inversiones necesarias en los servicios de agua potable y alcantarillado. Sin embargo, lo que escasea es la confianza. Solo se podrá obtener un suministro adecuado de capitales para esta actividad si los inversionistas tienen confianza en que obtendrán una tasa de rentabilidad de mercado sobre los gastos de capital equivalente al riesgo que corren: “en última instancia, las empresas solo invertirán en los servicios de agua potable y alcantarillado si los riesgos y la incertidumbre se mantienen en niveles aceptables”⁷¹⁵.

“Este es un gran desafío - continúa JOURAVLEV - para la mayoría de los países de América latina y el caribe, en los que históricamente la fijación de los precios de los servicios de agua potable y alcantarillado ha estado subordinada a intereses políticos de corto

⁷¹⁵ Vid. JOURAVLEV, “Regulación de la industria de agua potable Volumen II: Necesidades de información y regulación estructural...”, página 3.

plazo, debilitando la viabilidad financiera de las empresas de agua potable de propiedad del Estado...⁷¹⁶

Ya en el marco de la relación contractual se conforman cláusulas legales y reglamentarias coherentes, se consensúan cláusulas contractuales abiertas y flexibles, para enfrentar con soluciones concretas eventuales cambios y se prevé un organismo que concentra la mayor parte de las competencias sobre el servicio y las ejerce en un marco mínimo de independencia y especialización.

⁷¹⁶ Por ejemplo, un examen de las inversiones en los servicios de agua potable y saneamiento en los años ochenta se llegaba a la conclusión siguiente: “En los países de América Latina y el Caribe, es frecuente encontrar disposiciones en la legislación que rige el funcionamiento de los servicios públicos, en las que se establece que los niveles tarifarios deberían cubrir los costos y generar una rentabilidad sobre el capital suficiente para facilitar el financiamiento de las inversiones. Lamentablemente, estas políticas no se han aplicado en la práctica y ello ha reducido considerablemente la capacidad de las empresas de servicios públicos del Estado para financiar sus programas de inversiones. El principal motivo del mantenimiento de tarifas inadecuadas es la tendencia de los gobiernos... a considerar que el aumento de tarifas son inoportunos por motivos políticos o de políticas macroeconómicas. En consecuencia, lo más común ha sido que los niveles tarifarios se mantuvieran bajos, sin que existiera, prácticamente, relación con el costo de prestación de los servicios, las necesidades financieras de la empresa o la capacidad de pago de los consumidores. El carácter irrecuperable del capital y el hecho de que la regulación se aplique en un entorno dinámico – los precios no se fijan ni pueden fijarse para siempre, sino que se modifican periódicamente – dan lugar al problema de la cautividad (“hold-up”). Este problema deriva de una asimetría fundamental: por un lado, las variables reguladas, como el precio, son variables de corto plazo y fáciles de modificar y, por el otro, las decisiones en materia de inversiones generalmente son de largo plazo e irreversibles – el acervo de capital no puede ajustarse hasta abajo sino lentamente, a través de una depreciación (Besando y Spulber, 1992). Esta asimetría significa que en las empresas de servicios públicos, las tasas de rentabilidad de las nuevas inversiones serán, principalmente, función de decisiones regulatorias futuras más que de las decisiones adoptadas en el momento de la privatización o de la inversión. En cambio, por lo general, los reguladores y los gobiernos no pueden obligar a sus sucesores a cumplir con los compromisos asumidos” (ver y ampliar en JOURAVLEV, “Regulación de la industria de agua potable Volumen II: Necesidades de información y regulación estructural...”, página 4).

Por lo expuesto hasta aquí, siempre en estricta referencia a las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población, aparece como imprescindible construir un sistema de asociación entre el sector público y el sector privado que asegure el acceso al servicio de sectores carenciados, fomente las inversiones necesarias, construya una cultura de cuidado y pago del servicio en la población y prevea la metodología para la inversión y operación de los servicios en aquellas localidades denominadas “aisladas” o “dispersas”, las cuales, por sus características demográficas y geográficas, constituyen unidades de negocio “no rentables”, sea por los costos de prestación de un determinado servicio esencial o por los costos irrecuperables de las obras necesarias para abastecerlas.

Más, como toda “asociación”, la del sector público y privado “debe” compartir idénticos fines, para evitar o atenuar los efectos de eventuales crisis de identidad, motivo por el cual es aconsejable utilizar criterios objetivos y racionales para establecer desde un inicio cuáles son las prioridades, aún cuando ello signifique resignar beneficios políticos y utilidades económicas.

Aunque se trata de una “asociación”, en la cual se supone que las metas y prioridades son establecidas de común acuerdo y con basamento en la libre elección de cada parte, no debe perderse de vista que las características especiales y las notas distintivas de las actividades cuyo desarrollo es objeto de esta asociación, limita la libertad de las partes al momento de fijar o establecer sus fines y los procedimientos a utilizarse para obtenerlos.

La necesidad de construir un verdadero consenso respecto de temas fundamentales entre los actores públicos y privados ha sido objeto de análisis y opinión en estudios de organismos internacionales, que, concretamente, consideran a los problemas de identidad de las instituciones existentes y a la carencia de organismos especializados institucionales como la principal causa de deterioro de los servicios esenciales en América Latina.

Especial atención ponen los expertos, respecto de casos concretos en los cuales la ausencia de agencias reguladoras y la falta de par-

ticipación de asociaciones intermedias en las cuestiones atinentes a dichas actividades, teniendo en cuenta la importancia de buscar consenso entre los distintos intereses en juego y mayor seguridad jurídica, han provocado el fracaso de las contrataciones y el consecuente deterioro del servicio⁷¹⁷.

Sin embargo, en general, se debe advertir y destacar con énfasis sobre los problemas que afectan los servicios esenciales, los cuales se alimentan y crecen en el marco de una relación Estado - concesionario que se parece más a una relación entre enemigos que a una relación contractual. El contenido de las decisiones de uno y otro, en la mayoría de los casos, son adoptados y diseñados mediante proce-

⁷¹⁷ Se ha expresado que "... las debilidades institucionales están dentro de las principales razones porque muchos esfuerzos para promover la eficiencia energética en la realidad no llegan al consumidor o no inducen al consumidor de cambiar su comportamiento. Sin entrar en mucho detalle, las debilidades institucionales en América Latina se refieren particularmente a: la carencia de agencias especializadas, la carencia del apoyo de los Gobiernos, el papel reducido de las organizaciones intermediarias y las dificultades para establecer un consenso entre los actores públicos y privados. En la mayoría de los países latinoamericanos - continúa el autor -, las agencias especializadas no existen, o en caso de existir, tiene frecuentemente un personal reducido o no disponen de suficiente fondos. A menudo, las agencias tienen dificultades de alcanzar sus grupos objetivos y carecen del apoyo de los gestores de política y de los actores del mercado. Sin embargo, el problema no sólo se relaciona con la carencia de agencias especializadas y el apoyo suficiente de los Gobiernos. Otra parte del problema es la carencia general de participación de organizaciones intermediarias, es decir organizaciones que puedan actuar como "intermediador" entre las instituciones de Gobierno (y las agencias) y los consumidores. Ejemplos de organizaciones intermediarias - cuya existencia y participación activa son cruciales para el éxito de muchos programas de eficiencia energética en Europa - incluyen ONG' s; asociaciones de consumidores; organizaciones profesionales de arquitectos, constructores y artesanos; cooperativas de vivienda; cámaras de comercio; asociaciones de pequeñas y medianas empresas; empresas energéticas; provincias, municipalidades, etc. Es fundamental que los Gobiernos sean hábiles para involucrar estas organizaciones intermediarias (cfr. Wolfgang F. LUTZ, "Reformas del sector energético, desafíos regulatorios y desarrollo sustentable en Europa y América Latina", *Serie Recursos naturales e infraestructura. Proyecto CEPAL/Comisión Europea "Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina"*, Santiago de Chile, junio de 2001, página 19 y 20. Este documento puede consultarse en <http://www.eclac.cl>).

dimientos estratégicos propios de las oficinas de inteligencia, y ejecutados con modalidades propias de las fuerzas de seguridad.

El mantenimiento de una relación así, en el tiempo, indefectiblemente provoca graves “fisuras” en un vínculo de innegable e inevitable naturaleza asociativa, aún cuando a las partes no siempre les agrada – convenga – reconocerlo. Pues bien, una “asociación” sólo se sostiene cuando existe “confianza mutua” y su ausencia provoca deficiencias que retrasan las actualizaciones que las estructuras normativas de los contratos, por ser de largo plazo, necesitan indefectiblemente. Todo lo cual termina, siempre, afectando la calidad y el desarrollo del servicio.

Es cierto que países como el nuestro carecen de una “tradicción” en lo referente a la cooperación y consenso entre el sector público y el sector privado y también que falta desarrollar una actitud más participativa de la sociedad⁷¹⁸, pero el tremendo deterioro que sufren las relaciones entre los actores de los servicios esenciales, tiene su origen, a nuestro criterio, a la ausencia de políticas de Estado solventes, abarcadoras y esencialmente perdurables en el tiempo, lo cual genera

⁷¹⁸ En este sentido, el autor que citamos expresa que “La carencia de una mayor participación de las organizaciones intermediarias en América Latina parece deberse a dos problemas fundamentales: (i) la ausencia de una tradición de cooperación y consenso entre los actores públicos y privados y (ii) el problema que las organizaciones intermediarias, incluyendo las asociaciones de los consumidores, de la industria, etc., frecuentemente carecen de un mandato explícito, el cual podría permitirles actuar en representación de los individuos y compañías que representan. La carencia de dicho mandato es también un impedimento importante con respecto a la capacidad de estas organizaciones para concertar acuerdos obligatorios con el Gobierno en nombre de sus miembros, por ejemplo en forma de “acuerdos voluntarios”. Los problemas en el ámbito de la implementación de la eficiencia energética y de las políticas energéticas sustentables en América Latina pueden requerir una nueva cultura de “partnership” y cooperación entre los actores públicos y privados: reconciliando intereses divergentes mediante la búsqueda de consenso. Políticas creíbles para promover la eficiencia energética y las energías renovables requieren la asignación de fondos suficientes. Es obvio, que la mayoría de las instituciones y programas de eficiencia energética en América latina carecen de fondos suficientes y de adecuados instrumentos financieros para promover las actividades de eficiencia energética” (*Ibid.*, página 20/21).

esa falta de confianza en el sector privado y de voluntad participativa en el resto de la sociedad.

Nadie puede ni debe comprometerse demasiado en una actividad cuyas condiciones técnicas, jurídicas y económicas varían permanentemente, según sea la ideología y el color político del Gobierno del Estado. Y no es posible, tampoco, generar niveles óptimos de consenso entre los distintos sectores de una actividad, si la persona que tiene a su cargo el establecimiento de un orden normativo y su adecuación permanente, no sabe transmitir “sensación” de seguridad jurídica, disponibilidad al diálogo y comunidad de intereses.

- b) El resguardo de la ecuación económica de la concesión como un fin común

Ahora bien, en otro orden, el hecho de tratarse de “servicios esenciales” y de la satisfacción de necesidades básicas, significa que sus efectos recaen sobre la totalidad de la población. En otros términos, la buena marcha de los servicios implica una mejor satisfacción del interés público, y la estabilidad de la ecuación económica financiera de la concesión es la estabilidad y continuación en la satisfacción del mismo interés.

Esto que se expresa, adquiere mayor fuerza y fundamento si se tiene en cuenta que el control y regulación que en materia tarifaria realizan las agencias reguladoras o entes reguladores, permite conocer con un importante grado de certeza los ingresos y egresos que genera la prestación del servicio. Igualmente, mayor ímpetu y apoyo recibe la reflexión inicial que aquí se intenta, al advertir que es el Estado, a través del ente regulador, quién determina el régimen tarifario, la estructura de dicho régimen, las distintas categorías, los ítem que lo componen y, concretamente, los valores tarifarios que debe asignarse a cada una de las actividades y servicios que se incluyen como objeto de la concesión.

Finalmente, es también el Estado, y también a través del ente regulador correspondiente, quién con estricta sujeción al principio

de razonabilidad establece la rentabilidad que percibirá el concesionario o licenciatarario.

De este modo, el ente regulador y el prestador privado conocen y determinan en cada período tarifario los valores a cobrar y el destino de los mismos, pudiendo limitarse a fijar y autorizar tarifas que sólo permitan operar y mantener los servicios o agregar a esos valores otros que se destinen a mejorar las condiciones de calidad, adquirir innovaciones tecnológicas e, incluso, concretar obras necesarias.

Por ello, es correcto decir que el sector privado se encuentra, por una parte, en una situación privilegiada respecto de otras personas privadas, pues de su éxito y de la buena marcha del “negocio” depende la mejor satisfacción del interés público comprometido y, justamente por este motivo, el Estado debe siempre asegurar, mediante la actuación de los entes reguladores, que las tarifas cubran debidamente los costos de las prestaciones y una ganancia o rentabilidad razonable. Es decir, que la ecuación económica - financiera de la concesión o licencia se mantenga equilibrada y exenta de los impactos externos⁷¹⁹.

Pero, del mismo modo, esta vez en contra de la persona privada, el prestador no puede esperar grandes ganancias sino justamente una “razonable rentabilidad” que se mantiene a lo largo de toda la concesión o licencia.

En definitiva, en el marco de servicios ineficientes como lo son nuestros servicios esenciales y de las graves faltas en materia de infraestructura que soporta nuestro país, el mantenimiento de la ecuación

⁷¹⁹ Al resolver el ya comentado caso “Estrada”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyo un concepto de la jurisprudencia norteamericana, calificando la cuestión tarifaria como el “corazón” de las materias que le han sido encomendadas a los entes reguladores. Expresa el Tribunal que “... la jurisdicción de las agencias se circunscribe a las materias que configuran “el corazón” de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó. Entre ellas están, por ejemplo, las decisiones relativas a la razonabilidad de las tarifas (ver los casos “Texas & Pacific Railway” y “Far East Conference”, citados precedentemente y *United States v. Western Pacific Railroad*, 352 U.S. 59)” (ver y ampliar en C.S.J.N., “Ángel Estrada...”, Considerando 16).

ción económica - financiera de la concesión o licencia es una cuestión de Estado, pues de ella depende la posibilidad de subsanar dichas deficiencias.

Una actitud demagógica, que pretenda reducir los valores tarifarios para satisfacer objetivos políticos o intereses partidarios, o una actitud negligente, que permita ganancias irrazonables al prestador privado, deberían considerarse para nuestro derecho mucho más graves y punibles que para cualquier otro, pues de tales actitudes negativas pueden derivarse importantes daños sobre el interés público.

- c) Los objetivos de la asociación deben ser las necesidades del servicio

Razones elementales, aconsejan no sujetar el proceso de construcción de la asociación a criterios u objetivos fiscales sino de atención primaria de la salud, de seguridad pública, de progreso económico y desarrollo social. Esta óptica permite revolver con racionalidad y criterio los inconvenientes comunes que enfrenta toda concesión a largo plazo, así como también los impactos sobre la misma de eventuales crisis económicas y políticas. En el marco de parámetros predefinidos se llevan adelante periódicas adaptaciones y procesos de renegociación, siempre bajo pautas legales y contractuales.

En definitiva, la calificación de los sistemas de prestación de los servicios públicos como "asociación público - privada" crea un compromiso en las partes de no desatender nunca aquellas personas que no tienen acceso al servicio, así como también a aquellos usuarios que teniendo acceso no están en condiciones de abonar las tarifas preestablecidas.

También bajo el criterio de asociación público - privada se planifican y ejecutan planes de inversiones compartidos, donde el Estado asume parte del mismo en procura de alcanzar rápidamente la

universalidad de las prestaciones y el mayor cuidado en la calidad del agua para consumo humano⁷²⁰.

En otros términos, la tendencia creciente hacia la disminución de los niveles de inversión en infraestructura de que adolecen países en vías de desarrollo, como la Argentina, obliga a buscar urgentemente alternativas válidas a las que rigieron históricamente, dejando atrás pre - conceptos jurídicos, especialmente en materia de contrataciones del Estado, ya vetustos, y modelos de prestación de los servicios esenciales que, sin perjuicio de haberse aplicado con relativo éxito en algunos pocos momentos de la historia, muestran en la actualidad profundas ineficiencias.

Esas ineficiencias se manifiestan en los contratos de concesión que necesitan imperiosamente ser renegociados y, especialmente, en la crítica situación estructural que se ha descrito en detalle más arriba, con altísimos porcentajes de población que aún no tienen acceso a servicios tan elementales como la energía eléctrica, el agua potable y el tratamiento de los líquidos cloacales, a lo cual se agrega la escasez o vetustez de las instalaciones y la dudosa calidad e insuficiencia del producto para abastecer a toda la población servida.

d) Conservar la operación de los servicios en el sector privado

Se ha expresado que “para enfrentar las desigualdades en el futuro se requerirá una combinación acertada de suministro público y privatización. El proceso de privatización ha adquirido una pesada carga política. En algunas áreas es poco probable que se lleve a cabo

⁷²⁰ A los efectos de dar operatividad al sistema de asociación público privada en la Argentina se dictó la Resolución Conjunta del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN y del MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS (Resolución Conjunta 527/2005-MEP y N° 1232/2005-MPFIPS), por la cual se constituye la COMISIÓN DE EVALUACIÓN Y DESARROLLO DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS, la que tiene a su cargo la recepción y evaluación de los proyectos de Asociación Público-Privadas presentados por los organismos de la Administración Pública conforme el Régimen aprobado por el Decreto N° 967.

un suministro exclusivamente privado, especialmente en sectores como redes viales rurales y el suministro de agua potable y saneamiento. En estos subsectores, las inversiones públicas y privadas en infraestructuras constituyen complementos, no sustitutos”⁷²¹.

Sin embargo, no obstante compartir lo aquí planteado respecto de las inversiones, cabe advertir y destacar que, indefectiblemente, la prestación misma del servicio esencial debe siempre conservarse en manos privadas, interviniendo el Estado en materia de inversiones, directa e indirectamente, y, en este último caso, mediante una regulación autónoma que oriente debidamente las inversiones del sector privado. Asimismo, debe el Estado actuar mediante un sistema de ayudas públicas orientadas a aquellos sectores de la población que por su situación económica no pueden afrontar los costos de un servicio regular, continuo, equitativo y general.

Al momento de definir con la mayor exactitud el grado de participación del sector privado en ésta asociación, es importante dejar sentado que la administración misma del servicio debe siempre conservarse a cargo de un operador del sector privado, al cual se le requerirá experiencia en la materia, especialmente en servicios de similares características. En los demás aspectos, especialmente inversiones, ayudas públicas y planificación de estructuras y expansiones, corresponde estudiar conjuntamente con el sector privado las distintas alternativas de participación del mismo, a los efectos de construir un sistema resistente a factores externos, conocido y aceptado por todas las partes.

La sugerencia fundamental indica no esclavizarse bajo ideas fundamentalistas que sólo aceptan la privatización como forma de prestación de los servicios públicos con exclusión absoluta del Estado o la estatización absoluta e incontrolada que niega intervención a cualquier persona privada. Por el contrario, y con las bases señaladas, cada Estado o región puede construir su propio sistema, encomen-

⁷²¹ Vid. DE FERRANTI, PERRY, FERREIRA, WALTON, “Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿ruptura con la historia?...”, página 14.

dando absolutamente todas las tareas operativas al prestador privado y asumiendo el Estado deberes y atribuciones en la concreción de la infraestructura básica, en la ayuda pública al indigente y en la concreción de las acciones necesarias para que localidades alejadas o dispersas también puedan acceder al sistema.

El Estado coadyuva al progreso del servicio asumiendo determinadas obras y asistiendo a aquellos sectores que por razones económicas o geográficas no pueden acceder al servicio por su propio esfuerzo.

El gran secreto de una asociación público - privada exitosa consiste en construir un sistema transparente, abierto y flexible. Capaz de renovarse periódicamente bajo premisas de eficiencia y calidad, pero con procedimientos participativos y ágiles; preparado para adecuarse a las cambiantes circunstancias económicas, políticas y sociales, pero siempre bajo criterios preestablecidos que aseguren razonabilidad y la vigencia de la legalidad.

Los momentos históricos, las condiciones macro y micro - económicas, las verdaderas posibilidades de intervención que se denoten en cada caso, irán determinando las conductas del Estado.

3. UN PROBLEMA ESPECIALMENTE GRAVE: LOS VACÍOS NORMATIVOS Y EL DESORDEN INSTITUCIONAL EN MATERIA TRIBUTARIA

a) Presentación del tema

En materia de servicios públicos, especialmente teniendo en cuenta la delicada etapa que atraviesan en Argentina, con tarifas irreales, planes de inversiones y expansiones suspendidos e instituciones desprestigiadas, aparece como imprescindible, al menos establecer criterios uniformes y principios que tengan aplicación inmediata y sostenida, asegurando estabilidad y uniformidad fiscal y cuidando que los servicios esenciales no sean sometidos a la pluri-

jurisdiccionalidad que en algunos casos, perniciosamente, suele caracterizar al sistema tributario.

La Corte Federal de la República Argentina esgrime el concepto de la pluri-jurisdiccionalidad para referirse a los casos en que el prestador de un determinado servicio público se encuentra sujeto a reglamentaciones, sanciones, juzgamientos y contralores que provienen de dos o más autoridades públicas⁷²². La importancia de este concepto se visualiza claramente respecto de la materia tributaria, y especialmente en lo atinente a las potestades de las comunas, municipios o alcaldías⁷²³.

⁷²² Cfr. pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “S.A. Compañía Argentina de Teléfonos V. Provincia de Santiago del Estero” (Fallos 250:154). Ver también del mismo Tribunal, “Compañía Argentina de Teléfonos, S.A. c/ Provincia de Mendoza. Nación c/ Provincia de Mendoza” (1963) (Fallos 257:159), pronunciamiento este último en el cual, a través del voto del Ministro Dr. Julio Oyhanarte, ha expresado el Tribunal citado que “... en nuestro derecho, no se concibe que un servicio público pueda estar sometido a un régimen bio-pluri-jurisdiccional. Todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno: el Estado o poder concedente que tan solo delega la prestación”. En igual sentido, y con fundamento en dicho fallo, más recientemente la Cámara Federal de la Plata, sala II, manifestó que “...En el derecho argentino no puede concebirse que un servicio público puede estar sometido a un régimen bio-pluri-jurisdiccional, pues aquellos reconocen su titular en el poder concedente bajo cuya inspección y control se encuentran con exclusión de toda voluntad extraña...” (doctrina receptada en el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones Federal de La Plata, sala II, al resolver en la causa “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de Lanús” (del 20 de julio de 1995), *Revista Jurídica La Ley*, diario del 7 de agosto de 1997.

⁷²³ Más recientemente, el 17 de marzo de 1983, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa *Dodero Viajes, S. A. c. Municipalidad de la Capital*, reafirmó su postura sobre los riesgos de la pluri-jurisdiccionalidad. En el caso, la firma *Dodero Viajes, S. A.* demanda a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por repetición de los impuestos a las actividades lucrativas, actividades con fines de lucro e ingresos brutos y del derecho de patente por el ejercicio de actividades con fines de lucro. La Corte manifiesta aquí que “Cuando esta Corte ha declarado que los tributos locales que gravan el transporte de esa índole o inciden en los ingresos percibidos por su realización, contravienen la disposición del art. 67, inc. 12, de la Constitución Nacional, lo ha hecho sobre la base de reconocer que la facultad atribuida por ese precepto persigue evitar que operaciones que de

En este aspecto, es imprescindible y urgente un debate desprendido y abarcador sobre los aspectos tributarios de las potestades municipales sobre los servicios públicos. Al respecto, no basta con invocar el debido respeto por los principios constitucionales de cualquier normativa que se dicte, creando o reglamentando la aplicación de tasas, impuestos o contribuciones, pues hasta el momento la situación es extremadamente tensa, con fallos judiciales que se contradicen entre si y municipios que buscan desesperadamente salvar su precaria situación financiera “inventando” diversas tasas, algunas de ellas sin ningún servicio como contraprestación⁷²⁴ y otras con servicios tan irrisorios como la “limpieza de los postes de luz”⁷²⁵.

manera inescindible se desenvuelven en más de una jurisdicción, puedan ser sometidas, en virtud de los poderes inherentes a los estados en las que se desarrollan, a regulaciones múltiples que las obstruyan o encarezcan, tornándolas desventajosas con relación a otras actividades similares”.

⁷²⁴ Es el caso de la tasa por uso de espacio público que se aplica, en algunos casos, y se pretende aplicar, en otros, respecto de las redes eléctricas y de telecomunicaciones (uso de espacio aéreo) o de distribución de agua potable, desagües cloacales y gas natural (uso de espacio subterráneo). Nos reservamos su tratamiento profundizado para más adelante.

⁷²⁵ Agobiados por la precaria situación económico – financiera que atraviesan la gran mayoría de los municipios de Argentina, sus intendentes suelen “deambular” por la oficinas públicas de legisladores y funcionarios del Poder Ejecutivo “mendigando” algo de dinero para poder pagar la factura de la “luz”, del “gas” o “el agua” (del municipio obviamente). Sucede que, a poco de asumir sus funciones, advierten que se encuentran a cargo de una “empresa” que recauda mensualmente 100 pesos y gasta 900. Inmediatamente se disponen a corregir tal entuerto económico, para descubrir que tal entuerto no es consecuencia, al menos en sus aspectos esenciales, de la “mala administración” ni de hechos o actos de corrupción. En efecto, aún si la recaudación fuera perfecta, llegaría “con suerte” a 300 pesos y aún eliminando todos los gastos “superfluos”, los egresos se reducirían, con suerte también, a 600 pesos. Es entonces cuando el flamante intendente “comprende” que la administración municipal que tanto le ha costado ganar transcurrirá esencialmente intentando salvar esta situación. Sin embargo, quién les “presta” los 300 pesos faltantes existe, y se llama periódicamente “gobierno Provincial” y esporádicamente “gobierno Nacional”, para lo cual no se les pide ninguna “garantía” ni “devolución” pues se conforman con que los intendentes se transformen en “agentes políticos” de los mencionados “prestamistas”, resignando para siempre la tan mentada “autonomía municipal”. Pero no se trata

de un problema meramente económico, el de la inviabilidad institucional de los municipios, sino fundamentalmente social y político. En efecto, y en muchos casos, los mismos habitantes del municipio no advierten donde pueden estar las supuestas “ventajas” que los “políticos” aseguran que tiene la existencia misma del “municipio” como unidad política y territorial, sospechando, más bien, de que todo se trata de un “acuerdo a puertas cerradas” entre sectores políticos, que, en el mejor de los casos, procura asegurar una base desde la cual llegar a cargos legislativos de mayor importancia, sin perjuicio de, mientras ello sucede, aprovecharla para dar trabajo y, en su caso, enriquecer, a unos pocos empobreciendo a muchos. A raíz de tal “lectura ciudadana” de la realidad, la población no está dispuesta a pagar impuesto ni tasa alguna que alimente y sostenga esa situación, llegando a erogar muy de vez en cuando y sólo cuando la finalización de un trámite imprescindible depende de dicho pago, una mísera parte de su supuesta “deuda”. Pero ello sucede sólo con parte de la clase media y media alta del municipio, pues la clase alta generalmente concreta sus trámites y averiguaciones por teléfono o fuera del lugar y las clases bajas solucionan sus problemas cómodamente en sus casos cada vez que hay elecciones. Ahora bien, volviendo al objeto de nuestro estudio, es entonces cuando las autoridades municipales advierten la presencia de las denominadas empresas de servicios públicos, como ser las que se encuentran a cargo de la distribución de gas natural, de energía eléctrica, de agua potable, de telecomunicaciones y la recolección de residuos cloacales, entre otros. El primer paso será, entonces, acudir al ente regulador, frecuentemente acompañados por el legislador provincial del departamento o municipio, miembros del Consejo Deliberante y algún “especialista” en cuestiones energéticas e hidrocarburíferas, generalmente electricistas de profesión, o expertos en cuestiones vinculadas al desarrollo sustentable de las cuencas hídricas, generalmente plomeros de profesión. Es común también que la comitiva sea integrada además por algún ex trabajador de la empresa estatal que, a poco de iniciada la reunión, dejará entrever que cuando el servicio era “estatal” todo estaba bien (más allá de que agua, gas y luz no había pero con cincuenta años más de prestación estatal eso podría solucionarse) y el Presidente de la Asociación de Defensa de los derechos de Usuarios y Consumidores, constituida la noche anterior en la casa del intendente y elegido por unanimidad entre los presentes (el intendente, el chofer del intendente y la señora de la limpieza de la casa del intendente). Más de una vez sucedió que entre los presentes estaba un legislador o funcionario del Poder Ejecutivo Provincial que habían votado y suscripto, respectivamente, las leyes y decretos que reglamentan, entre otros temas, los aspectos tributarios del servicio y de la concesión. No obstante ello, a poco de comenzada la reunión los presentes comprenden perfectamente que no es jurídicamente posible ni políticamente conveniente imponer cargas tributarias excepcionales a las empresas prestatarias de servicios público. Jurídicamente imposible decimos, porque el contrato, y el marco regulatorio en general, contienen la normativa tributaria acordada, no siendo posible variación unilateral alguna. Políticamente inconveniente, agregamos, porque si bien la empresa estaría de

Tal como surge del verídico relato que se presentara en las referencias del párrafo anterior, las recaudaciones de las empresas privadas a cargo de servicios como la distribución de energía eléctrica, gas natural, telecomunicaciones y agua potable se han convertido en la alternativa de salvación de algunas unidades políticas y territoriales, públicas y estatales, como es el caso de los municipios de nuestro país, cuya existencia sólo sirve, en algunos casos, para satisfacer los anhelos políticos y las ansias de poder de unos pocos, siempre bajo la vulgar excusa en que se ha transformado - en estos casos - el valioso principio constitucional de la “autonomía municipal”.

En algunos países este problema se agrava porque las privatizaciones implicaron la derogación, modificación o adecuación de regímenes tributarios tan inéditos e ilegítimos como aceptados desde siempre sin mayores debates. Con anterioridad, por el contrario, el hecho de que los sistemas tributarios no respondieran a las más elementales exigencias del orden jurídico parece haber importado poco, así como también importó poco que los mismos comprometieran

acuerdo con la propuesta de abonar determinada “tasa” al municipio, ello siempre y cuando dicho monto fuera cobrado previamente a los usuarios en las facturaciones o recuperado posteriormente (siempre detallado individualmente en la mencionada factura con un ítem bajo el título “Tasa municipal Decreto 123/06”= \$ 4). Comprendido esto, sin dejar de simular su desagrado por el contrato suscripto, con la imposibilidad jurídica de solucionar con los fondos de la empresa sus problemas financieros y con los descréditos políticos que le generaría solucionarlos con los fondos de los usuarios, el Intendente y sus asesores legales y contables comenzarán una alocada carrera contra reloj procurando sacar dinero de los concesionarios de servicios públicos, inventando servicios municipales inexistentes o irrisorios (uso de espacio aéreo, espacio subterráneo, supervisión de las oficinas e incluso llegó a proponerse, descaradamente, un supuesto “servicio de limpieza de postes de luz”, equivalente al 4% de la facturación de la empresa por todo concepto (todo lo que aquí decimos se encuentra documentado y archivado en el Ente Regulador de los Servicios Públicos de la Provincia de Salta (República Argentina), creado mediante Ley 6.835 en el mes de marzo de 1996). La empresa intimada acudirá al regulador advirtiéndole que pagará la tasa exigida y la descargará en las facturaciones a usuarios finales, provocando la obvia negativa del regulador a lo segundo e iniciando entonces otra instancia de debate en la cual el ente regulador es siempre el menos favorecido, siendo acusado por las autoridades municipales de favorecer a la empresa y por la empresa de provocar inseguridad jurídica.

erogaciones - a cargo del usuario -, excesivas, injustificadas e inconstitucionales.

El acomodamiento de las estructuras tributarias a las cláusulas constitucionales, algo que comúnmente sucede con el desarrollo de procesos de transferencia de los servicios al sector privado, significó privar a las autoridades municipales, de recursos que percibían pacíficamente con anterioridad, pero cuya percepción era a todas luces inconstitucional y contraria a principios elementales del derecho, lo que aparejó en su momento prolongados y encendidos debates, incluso de orden parlamentario⁷²⁶.

La importancia del tema, y su gravedad institucional, se visualiza concretamente cuando advertimos que siempre será el usuario quien, directa o indirectamente, terminará pagando las tasas e impuestos que el Estado Nacional, los Estados Provinciales y los municipios creen estar imponiendo a las empresas prestatarias de los servicios, pues, si las cláusulas del contrato no llegaran a disponer su descarga en las facturaciones a usuarios finales, de manera expresa, esas tasas formarán parte de los costos a reconocer en las adecuaciones tarifarias periódicas.

En éste sentido, en la actualidad existen numerosos municipios que han “acordado” con empresas y entes reguladores para que se cobren “tasas municipales” manifiestamente inconstitucionales en las facturas de distintos servicios esenciales, siendo necesario corregir inmediatamente tal irregularidad que obliga a los usuarios a pagar por lo que no reciben, pone en riesgo la credibilidad del sistema, avanza peligrosamente sobre la ecuación económica de las concesión y genera una situación de desigualdad, en la medida que determina-

⁷²⁶ En el caso de la República Argentina, país federal, se suscitan permanente conflictos entre autoridades provinciales y prestadores nacionales y entre autoridades municipales y prestadores nacionales y provinciales. Dichos conflictos llegan en la mayoría de los casos a la justicia, sea porque los documentos contractuales y legales no son lo suficientemente claros o porque existe un negligente y desinteresado tratamiento del tema en la etapa de negociación por parte de sectores políticos que alientan la desobediencia y la irracionalidad.

do ciudadano, por el hecho de vivir en el municipio “x”, debe cargar en sus espaldas el sostenimiento de servicios que otro ciudadano – de un municipio vecino tal vez – no debe pagar, aún en idénticas situaciones, simplemente porque “su” intendente no realizó ningún acuerdo inconstitucional y de dudosa motivación⁷²⁷.

b) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sin perjuicio del importante principio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los riesgos de la plurijurisdiccionalidad en materia de servicios públicos⁷²⁸, lo cierto es que un estudio integral sobre la evolución de la jurisprudencia del mencionado Tribunal arroja conclusiones preocupantes sobre el tema bajo tratamiento, especialmente cuando advertimos que los fallos analizados no concretan una verdadera doctrina judicial sobre el tema, no establecen principios generales ni afirman reglas tan básicas como la no confiscatoriedad de los tributos, la igualdad como base de las cargas públicas y la necesidad de que siempre se demuestre la existencia de un servicio efectivo y necesario como contraprestación, cuando de tasas se trata.

En éste sentido, al momento de analizar la constitucionalidad – o la procedencia si se quiere – de las “tasas” impuestas por los municipios a empresas prestatarias de servicios públicos, sean estos de jurisdicción nacional o provincial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación orienta sus pronunciamientos casi exclusivamente al examen normativo, es decir, de las leyes y decretos aplicables a cada caso con-

⁷²⁷ En la Provincia de Salta, el tema se encuentra bajo tratamiento legislativo, a los efectos de acercar posiciones y establecer con claridad y uniformidad cuáles son las tasas y los porcentajes que corresponde abonar a los municipios por parte de las empresas privadas prestatarias de “servicios públicos”, estableciendo una tasa única.

⁷²⁸ Si bien el Más Alto tribunal constitucional sentó una valiosa doctrina judicial (cfr. C.S.J.N., “S.A. Compañía Argentina de Teléfonos V. Provincia de Santiago del Estero” (Fallos 250:154), la misma luego fue flexibilizada o fortalecida, según los casos, como se verá más adelante.

creto, a los efectos de conocer si dicho marco normativo contiene expresamente una exención a favor del prestatario y específicamente respecto del tributo objetado⁷²⁹.

Ahora bien, y aún cuando corresponde reconocer que dicho examen normativo es absolutamente correcto y necesario como punto de partida de cualquier análisis, lo realmente grave, a nuestro entender, es la postura adoptada por la Corte Suprema luego del referido análisis normativo, pues, lejos de examinar si el tributo pretendido responde o cumple los requerimientos básicos de cualquier tributo⁷³⁰, de no encontrar una exención expresa se pronuncia a favor de la vigencia del mismo.

⁷²⁹ Así por ejemplo al pronunciarse en la causa *Municipalidad de Ensenada c. Telefónica de Argentina S.A.* (del 17 de marzo de 1998) la Corte Suprema de Justicia de la Nación revisó la sentencia emitida por la sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que, al revocar lo resuelto en la anterior instancia, había rechazado la ejecución fiscal promovida por la Municipalidad de Ensenada a fin de obtener el cobro del tributo por la ocupación o uso de espacios del dominio público municipal, expresando que “tributos locales como los aquí reclamados se encuentran en franca oposición con lo dispuesto por el art. 39 de la ley 19.798 y constituyen, por lo tanto, un indebido avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación (incisos 13, 14, 18 y 32 del art. 75, Constitución Nacional), importan el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga al servicio público de telecomunicaciones, y lesionan el principio de supremacía legal del art. 31 de la Constitución Nacional”. Si bien es cierto que el fallo otorga razón al prestador del servicio público, omite ingresar al tratamiento de la constitucionalidad del tributo en cuestión, nada dice sobre la inexistencia de un servicio municipal como contraprestación y sustenta el rechazo hacia dicho tributo en la existencia de una exención expresamente prevista en la Ley 19.798. Es decir que, de no haber existido tal exención, el Tribunal habría convalidado la exorbitante e inconstitucional “tasa”.

⁷³⁰ Los requerimientos que hacen a la razonabilidad y legalidad de los “tributos”, por otra parte, fueron afirmados y sustentados por el mismo Tribunal en múltiples ocasiones. Así sucedió por ejemplo en la causa C.S.J.N., “*Mason de Gil, Malvina c. Municipalidad de Santa Rosa (La Pampa)*”, del 12 de abril de 1943, cuando una contribuyente demandó a la Municipalidad de Santa Rosa por repetición de impuestos abonados en virtud de ordenanzas que reputó ilegales e inconstitucionales por confiscatorias. La Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la demanda y declara confiscatorios los impuestos cobrados a la actora, expresan-

De este modo, el Mas Alto Tribunal Constitucional se pronunció a favor de una tasa por ocupación del espacio municipal, sin advertir que dicho tributo no conlleva contraprestación alguna⁷³¹, y por

do que “esta Corte Suprema ha caracterizado las tasas diciendo que su monto es susceptible de medida, equivalen a la exacta compensación del servicio y se imponen con carácter obligatorio general...”, “la tasa se funda en el beneficio directo que proporciona al contribuyente y por ello debe ajustarse a su medida, mientras el impuesto sólo tiene en cuenta la capacidad pecuniaria del contribuyente...”. Asimismo, el Tribunal afirma que “la tarifa de la tasa debe tender a cubrir los gastos del servicio y la posibilidad de su cobro requiere como condición la de que el servicio se preste realmente... el solo hecho de haber refundido en uno solo todos los servicios municipales, de diverso contenido, para fijarles una cuota única es ya apartarse de la realidad de las cosas y subvertir principios fundamentales en que debe reposar la imposición. No se concibe que en un país de instituciones libres, amparadoras de la propiedad, como de todo derecho inherente a la personalidad humana, se permita semejante despojo por obra de un sistema impositivo creado por el gobierno local...”. En idéntico sentido, en el pronunciamiento emitido al resolver la causa “Compañía Química S.A. c/ Municipalidad de Tucumán s/ recurso contencioso administrativo y acción de inconstitucionalidad” (5 de septiembre de 1989), la Corte expresa que “...la validez de las tasas municipales, como la de todos los tributos, depende de un interés público que justifique su aplicación presuponen, empero, la existencia de un requisito fundamental respecto de las tasas, como es que al cobro de dicho tributo debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente...” principios que “...encuentran sustento en el artículo 17 de la Constitución Nacional...”, finalmente, agrega el Tribunal que “... la excesiva latitud de la norma impugnada -contraria al principio de legalidad que rige en la materia- al no discriminar debidamente los servicios cuya manutención solicita, posibilitando la eventual recaudación de los fondos para una finalidad ajena a la que presuntamente le habría dado origen”.

⁷³¹ Ello es lo que sucedió tiempo después en la causa C.S.J.N., “Gas Natural Ban S.A. c. Municipalidad de Campana (Pcia. de Buenos Aires)”, del 12 de agosto de 2003. En el caso, una empresa distribuidora de gas interpuso acción meramente declarativa contra la Municipalidad de Campana, Provincia de Buenos Aires, requiriendo que se declare improcedente la pretensión fiscal de cobro por derechos de ocupación o uso de espacios públicos - arts. 28 Inc. g), 155 y 156 de la ordenanza impositiva y fiscal -, por entender que afecta su capital de trabajo y puede paralizar la realización de obras. La Cámara, al confirmar la sentencia de grado rechazó la demanda, motivando la interposición del recurso extraordinario y la Corte Suprema, por mayoría, confirmó la sentencia apelada. En este caso, el Procurador General de la Nación, en dictamen que la Corte hace suyo, expresa que “es indudable la facultad de las provincias de 'darse leyes y ordenanzas de impuestos

el sólo hecho de que el uso gratuito establecido a nivel nacional a favor de la prestataria del servicio surgía de un Decreto del Poder Ejecutivo Nacional y no de una Ley del Congreso de la Nación. Nada expresa la Corte Federal sobre la absoluta inexistencia de servicio alguno por parte del municipio, ni sobre el eventual carácter confiscatorio de la carga tributaria pretendida. Pareciera, lamentablemente, que los decretos y leyes tienen una jerarquía superior a la Constitución Nacional.

También corresponde agregar que, en idéntico sentido, y aún cuando también se pronunció en contra de dicho “tributo”, la Corte Suprema lo hizo con fundamento en que la normativa vigente preveía exenciones expresas. Es decir, tampoco en estos casos realizó un tratamiento claro y concreto sobre la constitucionalidad del pretendido cobro⁷³².

locales...y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 CN”; que “entre los derechos que constituyen la autonomía de las provincias, es primordial el de imponer contribuciones y percibir las sin intervención alguna de autoridad extraña”; que “los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas”; que “la jurisdicción nacional - a menos que contenga alguna exención acordada en virtud del art. 75, inc. 18, de la CN - es compatible con el ejercicio del poder de policía y de la potestad fiscal por parte de las provincias y de sus municipalidades, ya que es la regla -y no la excepción- la existencia de jurisdicciones compartidas entre el Estado Nacional y los estados locales”; respecto del desarrollo de servicios públicos nacionales que “uno y otro ejercicio (del poder de policía y de la potestad fiscal por parte de las autoridades locales) no deben condicionar de tal modo la prestación del servicio que puedan obstruirlo o perturbarlo, directa o indirectamente” y; que “el legislador no consideró contraria, a esa afirmación, la subsistencia de las facultades impositivas locales, en tanto y en cuanto no eximió de gravamen alguno a la actividad, a diferencia de lo que expresamente hizo con otros servicios”.

⁷³² Citamos aquí dos casos similares. En Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de General Pico, pronunciamiento del 27 de febrero de 1997, la empresa de telefonía mencionada había deducido acción meramente declarativa tendiente a que se la declare no obligada al pago de tributos por la ocupación o el

uso de espacios públicos municipales. La Cámara, confirmando el pronunciamiento del anterior, rechazó la acción motivando la apelación federal interpuesta por la actora. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia resistida expresando que "... resulta indudable que el gravamen municipal impugnado por la recurrente y que se origina en "la ocupación o uso del espacio aéreo de jurisdicción municipal" (art. 13 de la ordenanza tarifaria, t.o. en 1985, modificada por la ord. 37/88; Conf. fs. 54 y 62), se encuentra en franca oposición con lo dispuesto por el art. 39 de la ley 19.798, toda vez que esta norma establece que estará "exento de todo gravamen" el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Al ser ello así, el tributo local constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación (incisos 13, 14, 18 y 32 del art. 75 de la Constitución Nacional), importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga a dicho servicio público, y en definitiva lesiona palmariamente el principio de supremacía legal del art. 31 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos 137:212)" (la causa citada por la Corte es Griet Hermanos c/ Provincia de Tucumán, del año 1922). Incluso, en el caso la Corte expresa que si bien el art. 16.4. del pliego de bases y condiciones establece que las "tasas... municipales a que puedan resultar sujetas las sociedades licenciatarias... serán consideradas como costos a los efectos del cálculo de las tarifas" y si bien es cierto que esa cláusula revela la posibilidad de que la empresa actora pueda ser gravada con tasas municipales, resulta evidente que no puede suponerse que ello implique aceptar la aplicación de tributos expresamente vedados por la ley federal que regula el servicio público, sino tan sólo la de aquellos que válidamente puedan establecer los municipales, sin exceder el ámbito de sus atribuciones (advirtiéndose que el Tribunal omite intencionalmente referirse o analizar la procedencia constitucional de pretendido tributo). Por otra parte, en idéntico sentido, al pronunciarse en la causa Municipalidad de Ensenada c. Telefónica de Argentina S.A., del 17 de marzo de 1998, donde la Municipalidad referida pretendía el cobro del tributo por la ocupación o uso de espacios del dominio público municipal, la Corte expresa que "... tributos locales como los aquí reclamados se encuentran en franca oposición con lo dispuesto por el art. 39 de la ley 19.798 y constituyen, por lo tanto, un indebido avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación (incisos 13, 14, 18 y 32 del art. 75, Constitución Nacional), importan el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga al servicio público de telecomunicaciones, y lesionan el principio de supremacía legal del art. 31 de la Constitución Nacional...". Nuevamente, y llamativamente, el Tribunal hace un "esfuerzo" por esquivar eventuales referencias a la existencia o no de un "servicio" como contraprestación.

La cuestión suscitada respecto de la pretensión de algunos municipios⁷³³ de cobrar por el uso del espacio público que prestatarios de servicios públicos realizan mediante el tendido de redes eléctricas, de gas natural, de agua potable, desagües cloacales y cableado de telefonía fija, aparece como la más preocupante de todas. Ello es así no sólo por el riesgo que significaría para la ecuación económica del concesionario y para el bolsillo del usuario final, su universalización, sino especialmente porque de la reciente jurisprudencia de la Corte Federal podemos deducir que dicho Tribunal no considera tal imposición como una “tasa”, a pesar de que algunas municipalidades, en las ordenanzas respectivas, le atribuyen tal denominación.

A partir de allí, y por ese motivo, los pronunciamientos judiciales en casos donde prestatarios de servicios públicos impugnan la pretensión de un municipio de cobrar el uso del espacio público (aéreo o subterráneo), no se realiza el análisis de constitucionalidad previo, es decir, no se tiene en cuenta para decidir si la pretendida “tasa” tiene un servicio como contraprestación, si ese servicio es necesario y si el monto es confiscatorio⁷³⁴.

⁷³³ Cada vez serán más, en la medida que no exista una jurisprudencia clara y uniforme respecto de sus limitaciones.

⁷³⁴ Análisis que sí realiza, por ejemplo, respecto de la tasa por inspección, seguridad e higiene y también respecto de otras tasas creadas por los municipios (Vid. C.S.J.N., “Municipalidad de Quilmes c. Edesur S.A.”, fallo del 7 de mayo de 2002). En este caso judicial, la Municipalidad de Quilmes promovió ejecución fiscal contra Edesur tendiente al cobro de una suma de dinero en concepto de tasa por inspección de seguridad e higiene y por inspección de motores y calderas. La Cámara al confirmar la sentencia de grado hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada. Interpuesto el recurso extraordinario por el Municipio, su rechazo motivó la queja. La Corte Suprema revocó la sentencia en lo referente al primero de los conceptos reclamados y la confirmó respecto del restante. En lo que aquí interesa, expresa el Tribunal que “... Sin perjuicio de lo dicho, la procedencia del cobro de una tasa siempre se halla supeditado a una concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio, que responda a un interés público que justifique su aplicación y que el costo del servicio guarde una razonable proporcionalidad con el gravamen, extremos todos que, de ser alegados y probados como corresponde en la etapa procesal adecuada, podrían demostrar la improcedencia de la imposición del gravamen en el caso concreto”.

En el contexto referenciado, advertimos que se genera un gravoso ámbito de incertidumbre respecto de la procedencia de su cobro y la obligatoriedad de su pago por parte de los prestatarios, pues no se vislumbran los principios y reglas que sustenten una doctrina judicial adecuada.

Una segunda materia que merece el análisis específico cuando se opina sobre las potestades de los municipios para cobrar tributos a prestatarios de servicios públicos de jurisdicción nacional o provincial, advertida con nitidez y mayor frecuencia a partir de las privatizaciones, trata sobre la riesgosa tendencia pretoriana a vincular el examen de confiscatoriedad de los tributos municipales con la posibilidad que tienen los prestatarios de servicios públicos obligados a su pago de incluir los mismos como “costos” de la prestación y, consecuentemente, descargarlos en las tarifas que los usuarios finales pagan por tales servicios⁷³⁵.

Finalmente, como tercer cuestión actualmente vigente en los estrados judiciales, y por cierto cada vez más frecuente, mencionamos el conflicto entre los servicios que prestan o pretenden prestar algunos municipios respecto de los prestatarios de servicios públicos de jurisdicción nacional o provincial y los alcances de las competencias, potestades y deberes de los organismos de control y regulación, especialmente creados para cada servicio.

En efecto, los contratos de concesión, los pliegos de bases y condiciones y los marcos regulatorios en general, contienen normativas sobre las condiciones que deben respetar los concesionarios o licenciatarios en los locales de atención al público para la realización

⁷³⁵ En tal sentido, al resolver en la causa “Microómnibus Quilmes S.A.C.I.F. c/ Buenos Aires Provincia de s/ acción declarativa”, del 11 de julio de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresa que “... al no existir impedimento alguno para que la sociedad actora incorpore dentro del precio de sus pasajes la gravitación del impuesto a los ingresos brutos, no se verifica en el caso uno de los presupuestos insoslayables para invalidar la pretensión fiscal provincial con apoyo en la doctrina de Fallos: 308:2153; 310:1602; 321:2501” (similar argumento puede leerse en la causa C.S.J.N., “Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Chascomús”, del 18 de abril de 1997).

de consultas, reclamos, pagos y demás actividades vinculadas con el servicio a su cargo, así como también se establecen normas específicas sobre el estado de las instalaciones directamente vinculadas con la prestación misma.

Ahora bien, para el control del cumplimiento de tales normas, los organismos de control y regulación – entes reguladores – han sido dotados de las atribuciones suficientes, las cuales, obviamente, constituyen también deberes a cumplir por estos organismos y genera en ellos responsabilidad por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la omisión del control o el control deficiente.

Numerosos municipios crearon tributos – tasas – cuya contraprestación es un servicio idéntico o similar al encomendado a los entes reguladores, motivo por el cual algunas empresas prestatarias impugnaron judicialmente las mencionadas tasas invocando que se encuentran sujetas a un doble control.

Ahora bien, la urgente solución de ésta problemática no sería de importancia para el interés público si no fuera porque representa los siguientes riesgos:

i.- por una parte, los municipios imponen deberes y obligaciones que no siempre fueron previstos como deberes de los prestatarios en los contratos de concesión, produciéndose entonces la incorporación de obligaciones onerosas no previstas al momento de suscribir los contratos respectivos;

ii.- por otra parte, en segundo lugar, los prestatarios podrían recibir sanciones pecuniarias por los incumplimientos, con lo cual se produciría el ingreso en la relación concedente – concesionario de una autoridad extraña y con potestades similares o idénticas a las que fueron atribuidas a los entes reguladores de manera previa a la suscripción de los contratos correspondientes y;

iii.- en tercer término, debemos advertir que los entes reguladores fueron constituidos con personas capacitadas técnicamente para el control de los locales y las instalaciones, de manera que, permitir el control de una autoridad cuya capacidad técnica es, en el mejor

de los casos, desconocida, conlleva innumerables riesgos, más aún si tenemos en cuenta la complejidad que presenta el control de los sistemas previstos para a prestación de los servicios públicos.

Lamentablemente, tampoco sería correcto compartir, respecto de éste tema, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, admitiendo la exigibilidad del pago de los tributos municipales en concepto de "habilitación comercial", "seguridad, salubridad e higiene" y "publicidad y propaganda" respecto de una empresa de telefonía de jurisdicción nacional, por el hecho de no advertir que tales actividades hayan sido encomendadas a la entonces Comisión Nacional de Telecomunicaciones⁷³⁶. También la Corte Federal legi-

⁷³⁶ Cfr. C.S.J.N., "Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Chascomús", del 18 de abril de 1997. El pronunciamiento citado se realiza respecto de una acción meramente declarativa deducida por Telefónica de Argentina S.A. a fin de obtener un pronunciamiento contrario a la exigibilidad del pago de los tributos municipales en concepto de "habilitación comercial", "seguridad, salubridad e higiene" y "publicidad y propaganda" reclamados por la Municipalidad de Chascomús. Luego de un enjundioso análisis, expresa el Más Alto Tribunal que "... es indudable la facultad de las provincias de "darse leyes y ordenanzas de impuestos locales...y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 (actual 126) de la Constitución Nacional", toda vez que, "entre los derechos que constituyen la autonomía de las provincias, es primordial el de imponer contribuciones y percibir las sin intervención alguna de autoridad extraña"; que "... las comunicaciones interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país, en tanto conforman un esencial "instrumento de progreso y de vida para toda la Nación"; que "... si bien la jurisdicción federal sobre aquel servicio público "es compatible con el ejercicio del poder de policía y de la potestad fiscal por parte de las provincias y de sus municipalidades, cuando respecto a este último la concesión nacional respectiva no contiene exención acordada en virtud de lo dispuesto por el art. 67, inc. 16, de la Constitución Nacional (texto anterior a la reforma de 1994)...uno y otro ejercicio no deben condicionar de tal modo la prestación del servicio que puedan obstruirlo o perturbarlo, directa o indirectamente"; que "... el examen armónico e integral de los textos que regulan el servicio telefónico nacional conduce a la conclusión de que éstos no incluyen lo relativo a las tasas citadas como de incumbencia de las autoridades federales, toda vez que dichos textos se refieren a los aspectos eminentemente técnicos de la prestación del servicio y no a los de índole típicamente municipal -y que hacen a la "buena vecindad" de los ejidos-, como son, por ejem-

timó tasas municipales en materia de distribución de energía eléctrica aún cuando los pliegos de bases y condiciones y el Reglamento de Suministro encomendaban tales potestades al organismo a cargo del control y regulación del servicio⁷³⁷.

plo, la observancia de normas relativas a la "salubridad" o "higiene". Lo mismo cabe afirmar respecto de la "publicidad comercial" en la vía pública; que "... las facultades que el dec. 1185 -art. 6º- encomienda a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (cfr. "revisar y aprobar los planes técnicos fundamentales de telecomunicaciones..."; "dictar las normas técnicas de los servicios de telecomunicaciones"; "homologar equipos y materiales de uso específico en telecomunicaciones..."; etc.) para colegir que las funciones de "regulación administrativo y técnica, el control, la fiscalización, y verificación en materia de telecomunicaciones" que compete a dicha comisión, en modo alguno "subsume" a las tasas municipales aquí discutidas; que "... no puede considerarse que el art. 27 de la ley 19.798, en cuanto dispone que "las instalaciones para servicios de telecomunicaciones deben ser habilitadas por la autoridad de aplicación antes de entrar en funcionamiento", se "superpone" a las tasas en cuestión, toda vez que una apreciación de conjunto de las disposiciones anteriores y posteriores al art. 27, unidas a lo establecido en la segunda parte de aquél, lleva a la conclusión de que las "instalaciones" a que se refiere la norma no son los "locales" objeto de las tasas municipales en examen sino, antes bien, los equipos necesarios para la realización de las actividades propias del servicio telefónico"; que "... Tampoco es dable inferir que los servicios por los cuales está contemplada la tasa de inspección se encuentren a cargo de autoridades nacionales como consecuencia de lo establecido en el ... del pliego de condiciones..., de acuerdo con el cual las sociedades licenciatarias "deberán disponer del equipamiento e instrumental necesario para posibilitar que la autoridad reguladora, en debida forma, pueda realizar sus funciones de control y fiscalización" y; que "... del análisis normativo precedentemente efectuado, debe descartarse la existencia de conflicto entre la ordenanza municipal y las disposiciones federales, pues las obligaciones que la primera impone a la empresa por los servicios administrativos vinculados con el empleo de un inmueble ubicado en su ámbito jurisdiccional, no está en pugna con las últimas, que rigen intereses, derechos y deberes de otra naturaleza, directamente inherentes a la condición jurídica de empresa de comunicaciones de telefonía".

⁷³⁷ En este caso, la Corte revoca el fallo de la Cámara Federal de San Martín, que había declarado que la Municipalidad de General Rodríguez carece de facultades para exigir a la actora -empresa prestataria del servicio público de electricidad- el pago de la tasa de inspección, seguridad e higiene respecto de los locales comerciales que aquélla posee en el ejido de esa comuna, considerando que la pretensión del municipio no podría llevarse a cabo sin afectar la prestación del aludido servicio, pues "el único recurso claramente idóneo para superar un peligro

No obstante el expreso desacuerdo aquí demostrado con los pronunciamientos pretorianos citados, es posible también reconocer que, en otra oportunidad, la Corte Federal se ocupó con éxito de distinguir aquellas atribuciones de control e inspección encomendadas al Ente Nacional Regulador de la Electricidad y que, por su carácter eminentemente técnico, no podrían ser desarrolladas por la autoridad municipal.

Así es como, respecto de la "tasa por inspección de motores y calderas" para verificar la procedencia de su cobro, el Alto Tribunal se ocupó de determinar previamente "... si la prestación del servicio que la misma retribuye corresponde al municipio o si, en virtud de la particular actividad que realiza la actora sujeta a la normativa federal

vinculado con la seguridad o provocado por la falta de higiene de un inmueble, es la clausura del local respectivo", temperamento éste que -añadió- "depende de una facultad que no es posible otorgar a la demandada en el marco liminar de un poder local que no perturbe en modo alguno el comercio interjurisdiccional ni afecte las actividades públicas o privadas de interés nacional" desempeñadas por la actora. No obstante los claros argumentos de la Cámara citada, la Corte entiende lo contrario, considerando, en lo que aquí interesa que "... de la lectura de los incisos a, k, l, m, o, r y s, del art. 56 de la ley 24.065, que precisan las "funciones" y "facultades" del Ente Nacional Regulador de la Electricidad - surge que aquéllos no procuran sino el cumplimiento de los objetivos señalados en el art. 2° de dicha ley, esto es, los atinentes a "la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad"; cuestiones éstas que, en lo esencial, y como se observa de las especificaciones allí expresadas, no se vinculan en modo alguno con las tasas municipales de "seguridad" e "higiene" sobre los locales comerciales... tampoco la previsión de las "condiciones" que deben reunir los locales de atención al público de conformidad con lo determinado por el "Reglamento de suministro de Energía Eléctrica para los servicios prestados por las empresas Edenor S.A. y Edesur S.A." revela la existencia de una potestad de la autoridad nacional que resulte incompatible con el ejercicio de las típicas facultades de la comuna respecto de los inmuebles ubicados en sus ejidos que se destinen a la atención al público. Al respecto basta señalar que dicho reglamento, en lo pertinente, se ciñe a exigir que las respectivas distribuidoras, en el ámbito geográfico de sus concesiones, posean "locales apropiados para la atención al público en número y con la dispersión adecuada"; "en un horario uniforme", y durante un "mínimo de ocho horas diarias" que comprendan tanto la mañana como la tarde (conf. art. 4, inc. k) (ver y ampliar en C.S.J.N., "Edenor c/ Municipalidad de Gral. Rodríguez s/ acción declarativa - medida cautelar", del 5 de octubre de 1999).

supra señalada, ha quedado en manos de la Nación...”, concluyendo que “...Las tareas de control son propias del E.N.R.E. y se financian, entre otros recursos, con la "tasa de inspección y control" que se crea en el art. 67 de la ley 24065... El servicio que la comuna pretende retribuir es brindado por la autoridad nacional, en virtud de las normas señaladas, que atribuyen un poder exclusivo o que, al menos, parece resultar incompatible con el ejercicio de idéntico poder por parte de las comunas. Razón por la cual carecerá de causa toda tasa que se quiera establecer en virtud de un servicio cuya prestación no compete a la actora”⁷³⁸.

En definitiva, a esta altura del análisis, aparece la sensación de que la Corte Federal no considera conveniente establecer principios generales e inflexibles respecto de las potestades tributarias de los municipios, especialmente cuando las mismas se ejercen respecto de concesionarios o licenciatarios – “prestatarios” en ambos casos – de

⁷³⁸ En el pronunciamiento recaído en la causa C.S.J.N., “Municipalidad de Quilmes c. Edesur S.A.”, del 7 de mayo de 2002, la Municipalidad de Quilmes promovió ejecución fiscal contra Edesur tendiente al cobro de una suma de dinero en concepto de tasa por inspección de seguridad e higiene y por inspección de motores y calderas. El dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte hace suyo expresa respecto de la primera de las tasas mencionadas que “... ha dejado sentado su criterio el tribunal en cuanto a que "resulta inequívoca su pertenencia al ámbito de facultades que, por su naturaleza son propias de los municipios“, agregando que "si bien el decreto 714/1992 establece en su art. 19 que las empresas abonarán a los municipios, en los términos del aludido art. 5° de la ley 14.772, el 6% de las entradas brutas recaudadas por la venta de la energía eléctrica efectuada en cada una de las jurisdicciones en concepto de 'único impuesto y contribución, tanto de índole fiscal como en lo referente al uso del dominio público municipal', en su art. 21 expresa que dicho pago 'no exime' a las empresas de abonar 'las tasas retributivas de servicios o mejoras de orden local, tales como las que se enumeran a continuación a simple título enunciativo'. Entre ellas incluye las relativas al servicio de 'limpieza' y 'otros similares correspondientes a esas mismas propiedades', dentro de las cuales deben comprenderse las gabelas aquí discutidas". De manera que, a criterio de la Corte, en el caso “la tasa por inspección de seguridad e higiene no se hallaría comprendida en el pago del 6% de la facturación bruta cobrada en la jurisdicción del municipio y, por lo tanto, la comuna se encontraría habilitada para establecer tal gravamen, resultando hábil, a su respecto, el título con el que ha intentado la presente ejecución”.

servicios públicos. Tal vez para evitar la “judicialización” de un asunto que debería ser tratado con mayor uniformidad a nivel legislativo e incluso en las decisiones de los órganos dependientes del Poder Ejecutivo o quizás para transmitir un mensaje hacia ambos poderes, en el sentido de que deberían atender con mayor firmeza la grave situación económica que atraviesan algunos municipios de nuestro país. Sobre esto último se extenderá el análisis a continuación.

c) La cuestión terminológica

La división territorial y administrativa interna de cada provincia argentina se basa normalmente en el municipio, llamado también, comúnmente, partido. Los municipios tienen la condición de entidades autónomas, condición política y jurídica que les ha sido reconocida por la misma Constitución Nacional, pero cuyos alcances son confusos en nuestro Derecho, sus consecuencias son tan numerosas como indeterminables y, por ello tal vez, los esquemas para su aplicación varían ampliamente de provincia a provincia⁷³⁹.

La situación de los municipios en nuestro país es sumamente compleja, en perjuicio de los mismos y del sistema de gobierno en general, pero es necesario destacar que, en gran medida y sin perjuicio de la ausencia de voluntad política que ocurre en algunos casos, el problema se genera por la profunda ambigüedad terminológica, pues se advierte que en la doctrina especializada no existe uniformidad respecto del significado que debe atribuirse a conceptos tan básicos como los de autonomía y autarquía y las normativas vigentes tampoco se ocupan de aclarar tal cuestión.

⁷³⁹ A pesar del reconocimiento constitucional, la autonomía de los municipios argentinos ha debido transitar un largo camino para llegar a consolidarse y, aún así, todavía advertimos una situación inestable, que atribuimos esencialmente a la precaria situación financiera de muchos de ellos (lo que intentaremos demostrar en este título), sin desconocer que en muchos casos los poderes ejecutivos nacionales y provinciales coadyuvan o no intentan subsanar esa precaria situación financiera porque les asegura o facilita el control político.

Esta realidad es destacada muy especialmente por CASSAGNE⁷⁴⁰, de cuyas opiniones deducimos la urgente necesidad de clarifi-

⁷⁴⁰ Puede consultarse sobre la evolución de los conceptos de “autarquía” y “autonomía” la obra de CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, tomo I, 8^o edición actualizada..., página 330 y ss. Considera el autor que existe una “carencia de precisión” respecto del significado del término autarquía, el cual posee distintos significados incluyendo el de “gobierno de sí mismo”, confundiendo con el significado de la autonomía que implica la facultad de darse sus propias reglas y regirse por ellas. El mismo CASSAGNE destaca que por obra de la doctrina italiana el término “autarquía” fue delineando su contorno terminológico hasta derivar en la competencia para auto - administrarse de acuerdo con las normas dictadas por otra entidad, la cual conserva sobre ella facultades de control y vigilancia. La autonomía, por el contrario, no es un concepto técnico sino político, refiriéndose a una relación institucional que permite una mayor o menor auto - normación. Destacamos también la presencia del término “autarcía”, concepto económico definido como la facultad de autosuficiencia económica - financiera, en coincidencia con uno de los significados atribuidos en la doctrina italiana al término “autarquía”. En definitiva, nos interesa destacar aquí la relativa utilidad que tiene en la práctica jurisprudencial y especialmente en la práctica legislativa, la utilización de ambos términos, autonomía y autarquía, para calificar la naturaleza jurídica de los organismos del Estado, y la profunda confusión que ello genera cuando con su utilización se pretende definir los alcances de las potestades atribuidas a dichos órganos. En éste marco, no significa suficiente - desde el punto de vista doctrinario, jurisprudencial y legislativo -, utilizar tales calificaciones sin realizar mayores precisiones respecto de las reales facultades con que se pretende dotar al órgano bajo estudio, juzgamiento o reglamentación, pues nada quedará claro sobre si el mismo puede o no dictarse sus propias normas de funcionamiento y si puede o no auto administrarse. Por otra parte, es fundamental tener en cuenta la distinción destacada por CASSAGNE entre el término autarquía y el término autarcía, pues si bien podemos decir con certeza que los municipios de nuestro país son autárquicos no podemos afirmar con igual certeza que sean autónomos y que posean realmente autosuficiencia económica - financiera. De nada sirve limitarse a calificar. Y respecto del tema concretamente bajo estudio, estamos en condiciones de afirmar que los municipios no se dictan sus propias reglas de funcionamiento sino que actúan conforme a cartas orgánicas aprobada por Ley de las legislaturas provinciales y que tampoco presentan, de conformidad a los datos oficiales y el estudio de campo que hemos citado, la capacidad de sobrevivir sin ayuda económica - financiera externa, es decir, no poseen autosuficiencia económica - financiera. Lo grave o trascendente de todo ello, seguramente consiste en los riesgos que los municipios tienen de convertirse en órganos dependientes políticamente de los gobiernos provinciales e incluso del gobierno nacional y de representar siempre

car la cuestión terminológica en la materia, a los efectos de que la tan mentada “autonomía” municipal deje de ser una mera proclamación de deseos, un relleno del discurso demagogo de algunos políticos o una expresión doctrinaria sin demasiada sustancia, sin esencia, sin convencimiento, ni hacia los terceros ni hacia la propia conciencia de quién lo manifiesta⁷⁴¹.

La doctrina nacional tiene, en éste momento de la historia constitucional del país, casi un deber insoslayable de construir verdaderos principios en lo atinente al régimen municipal y, especialmente, debe acordar un significado para el término “autonomía”. En este sentido, si llegara a concebirse la “autonomía” como la potestad de un órgano para dictarse sus propias normas, deberíamos concluir obligadamente, y no por convencimiento propio, que la gran mayoría de los municipios argentinos, por no decir todos, no son “autónomos”. Esto en la medida que, o se rigen por las denominadas “leyes de municipalidades” o pueden dictarse sus propias cartas orgánicas pero sujetas a su posterior aprobación por Ley. Esto es lo que surge de una simple lectura de la mayoría de los textos constitucionales argentinos⁷⁴².

intereses ajenos, más allá de las buenas o males intenciones de los ejecutivos municipales y de los denominados Concejos Deliberantes.

⁷⁴¹ Como se verá más adelante, la autonomía de los municipios no pasa solamente por incluir en la Constitución Nacional o en las constituciones provinciales cláusulas que la prevean o aseguren expresa y enfáticamente sino por una correcta distribución territorial que asegure la sustentabilidad económica de los mismos y les permita “sobrevivir” sin ayudas externas.

⁷⁴² Un repaso de las constituciones provinciales es suficiente para advertir que, si bien contienen capítulos específicos para tratar el Régimen Municipal de la respectiva provincia e, incluso, si bien la gran mayoría de los textos constitucionales provinciales declaran expresamente el carácter autónomos de los municipios, luego desarrollan la materia sujetando el dictado de las cartas municipales de los municipios más grandes a su posterior aprobación por ley de la legislatura provincial (ver Constitución de la Provincia de Salta, artículo 172° y subsiguientes) o, en su caso, sujetando la definición de aspectos políticos, económicos e incluso administrativos al dictado de una Ley (ver por ejemplo la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículos 190 y subsiguientes). También destacamos los siguientes textos: Misiones: tres categorías de municipios, sólo la 1° dicta su Carta Orgá-

nica (artículos 161° y 170°) y las ordenanzas deben adecuarse a la Ley de Municipalidades (artículo 171°); Catamarca: sólo se atribuye autonomía a los municipios que superen ciertos requerimientos que fija una Ley Provincial (artículo 245°); Buenos Aires: la Constitución en ningún momento declara formalmente la autonomía política del municipio y es una Ley de la Legislatura la que determina el modo de ejercer sus atribuciones y sus alcances (artículos 190° y 191°); Corrientes: establece tres categorías de municipios, las dos primeras pueden dictar sus cartas orgánicas pero la legislatura dicta una Ley de Municipalidad que regula gran parte de las atribuciones municipales más importantes, como ser el número de integrantes del consejo deliberante, atribuciones y alcances del tribunal de faltas y algunos de los aspectos tributarios más importantes (artículos 160° y ss.); Chubut: si bien algunos municipios pueden dictar sus cartas orgánicas, la primera de ellas debe ser aprobada por Ley y debe incluir el procedimiento para ulteriores reformas (artículo 231°); La Pampa: establece su Constitución que “Todo centro de población superior a quinientos habitantes, o los que siendo de menor número determine la ley en función de su desarrollo y posibilidades económico-financieras, constituye un municipio con autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional, cuyo gobierno será ejercido con independencia de todo otro poder, de conformidad a las prescripciones de esta Constitución y de la Ley Orgánica (Artículo 115°); Mendoza: “La Ley Orgánica de las Municipalidades, deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiéndole las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales, con sujeción a las siguientes bases...” (artículo 199°); Jujuy: se dispone que “El ejercicio del poder municipal corresponde a los órganos del gobierno local, en los límites de sus atribuciones y sin dependencia de otro poder. La ley y la carta orgánica, en lo que no estuviere dispuesto por esta Constitución, establecerán las atribuciones y deberes de cada uno de los órganos de gobierno, sus relaciones entre sí y los demás aspectos que hagan a su mejor desenvolvimiento” (artículo 179°, inciso 4); Neuquén: Todo centro de población que alcance a más de quinientos (500) habitantes constituye un municipio que será gobernado por una Municipalidad, con arreglo a las prescripciones de esta Constitución y a la ley orgánica que en su consecuencia dicte la Legislatura y que estará investido de todos los poderes necesarios para resolver por sí los asuntos de orden local y de carácter eminentemente popular (artículo 270). Las Cartas Orgánicas y sus reformas posteriores serán remitidas a la Legislatura, la que podrá formular observaciones en un plazo no mayor de noventa (90) días de tomado estado parlamentario, las que serán comunicadas a la Convención Municipal. Esta podrá rectificar el texto original en el término de treinta (30) días. Vencidos tales plazos sin que medie pronunciamiento, queda sancionado el texto original (Cartas Orgánicas artículo 276); Santa Fe: Todo núcleo de población que constituya una comunidad con vida propia gobierna por sí mismo sus intereses locales con arreglo a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes que se sancionen. Las poblaciones que tengan más de diez mil habitantes se organizan como municipios

En idéntico sentido, si llegara a concebirse o conceptuarse la “autarquía” como la simple potestad de auto – administrarse, desafortunadamente también debería concluirse en que los municipios no son “autárquicos”, pues no sólo pueden auto – administrarse sino que además ejercen el poder de policía en el ámbito de su jurisdicción⁷⁴³, poseen potestades tributarias⁷⁴⁴, emiten ordenanzas para reglar el funcionamiento de las instituciones municipales, eligen sus autoridades y disponen el destino de sus recursos, entre otras muchas atribuciones.

Es sumamente significativo el comentario o nota que realiza BIANCHI respecto del caso “Rivademar”, que será objeto de un comentario específico⁷⁴⁵, respecto de la aplicación o atribución del carácter de “autónomos” o “autárquicos” a los municipios. En efecto, refiriéndose al dictamen del representante del Ministerio Público que actuó en el fallo provincial apelado, expresa el autor citado lo siguiente: “No conozco el texto del Superior Tribunal santafesino, pero he tenido en mis manos la pieza suscripta por la doctora María G. Reiriz, en su carácter de representante del Ministerio Público y creo que es digna de mención previo al análisis del fallo. A ello me mueve no sólo la solidez de sus fundamentos, sino también el coincidir con la solución que propugna, con lo que adelanto desde este momento mi disenso con el fallo. Dice en sustancia la Procuración Fiscal, luego de una prolija reseña de antecedentes, que el art. 59 de la Consti-

por ley que la Legislatura dicte en cada caso, y las que no reúnan tal condición como comunas. La ley fija la jurisdicción territorial de municipios y comunas y resuelve los casos de fusión o segregación que se susciten (artículo 106); San Juan: todos los municipios se rigen por la Constitución, sus cartas orgánicas y la Ley que a esos efectos se dicte (artículo 239°); Entre Ríos: Los municipios son gobernados de acuerdo a la Constitución y la ley orgánica que al efecto se dicte (artículo 180°).

⁷⁴³ Entendido este como la potestad de limitar los derechos individuales en procura del bien común.

⁷⁴⁴ Si bien con las limitaciones que mencionáramos en el título anterior.

⁷⁴⁵ Cfr. C.S.J.N., “Rivademar, D.B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario”, fallo del 21 de marzo de 1989. *Revista Jurídica La Ley 1989 – C, 49*.

tución de 1853 no obliga a las provincias adoptar, en sus respectivas constituciones, una posición que reconozca o desconozca la autonomía municipal. Lo que esa norma quiere es que existan municipios, pero el grado de la capacidad jurídica de cada uno es algo reservado a la discrecionalidad del legislador constituyente provincial, sin que quepa formular una regla uniforme y obligatoria. "Pero la cláusula constitucional -dice el dictamen- no importa una definición en cuanto al grado de independencia que debe acordársele, quedando reservado a la discreción del constituyente o del legislador provinciales la determinación del modo e intensidad que revestirá la descentralización." Esta frase resume adecuadamente todo el pensamiento del Ministerio Público sobre el particular⁷⁴⁶.

En definitiva, es legítimo entender, luego de lo expresado, que la definición sobre la naturaleza de los municipios argentinos no pasa por la calificación jurídica, aún cuando provenga de la Constitución Nacional, ni de un Tribunal, ni tampoco depende de la voluntad del Gobierno de turno, sino esencialmente del contenido de las normas constitucionales y legales determinando sus atribuciones, su ámbito de actuación, sus deberes y el alcance de sus competencias, así como también las modalidades elegidas para estructurar sus instituciones y elegir sus autoridades.

Pero la determinación de éstos últimos puntos requiere un gran esfuerzo, partiendo de un estudio serio por parte de cada Provincia respecto de su distribución poblacional, régimen productivo, características geográficas, desarrollo industrial, situación de la infraestructura social y recursos "per cápita", entre otros datos. Los aspectos señalados son los que permitirán y condicionarán al legislador provincial al momento de diagramar una división política estratégica, orientada a la mejor satisfacción del interés público y económicamente auto - sustentable⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ Ver y ampliar en Alberto B. BIANCHI, "La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades". *Revista Jurídica La Ley* 1989 - C, 47.

⁷⁴⁷ Actualmente, tan solo recorrer la Argentina por vía terrestre es suficiente para encontrarse con "pueblos muertos" en medio de la nada, frecuentemente

Todo ello requiere también resignar intereses electorales y políticos. Pero es un inexcusable deber hacer aquel gran esfuerzo y resignar estos “importantes” intereses, pues de lo contrario jamás será posible construir un régimen municipal adecuado, instrumental o funcional a las necesidades básicas, y esencialmente sustentable.

d) Breve referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la autonomía municipal

Sin lugar a dudas, al momento de conocer y analizar los aspectos y momentos de la evolución histórica del régimen municipal argentino y todo lo atinente al reconocimiento de las autonomías municipales, nada es más útil y representativo que la misma evolución jurisprudencial, especialmente la que se presenta a través de los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, a continuación se realiza ese “obligado” análisis.

con antiguas y deterioradas estaciones de ferrocarril, que alguna vez habrán visto circular bellas damas y elegantes caballeros, familias felices, empresarios en busca de nuevos emprendimientos, novios impacientes y novias ilusionadas. Recorrer en automóvil a lo largo de la Ruta 34, los 1600 kilómetros que separan – o unen – la Ciudad de Buenos Aires con la Provincia de Salta, desde la floreciente Rafaela de Santa Fe y el alicaído Ceres (“donde doblan los aviones”) hasta esos misteriosos núcleos poblacionales sin vida ni expectativas, de brazos caídos, de muchos niños y ancianos pero pocos jóvenes (los demás huyeron en busca de un “futuro mejor”), recorrer esa distancia, decíamos, permite conocer con certeza y advertir con asombro la irracional división política y territorial de nuestro país. Y el Estado Nacional: “ausente sin aviso”..., y el Estado provincial: “ausente pero avisó”. Deben esperar las próximas elecciones para que llegue la “limosna” deshonrosa, humillante, burlesca, el “bolsón” de alimentos, algunos medicamentos, muchos de ellos a días de su vencimiento, otros abiertos, otros usados “a medias”. Y a 10 kilómetros... “la gran ciudad”, “el pueblo grande”, “la zona rica”. ¿Porque? Porque un intendente se niega a dejar de serlo para unirse al gran vecino, porque pierde su “poder” (un mísero sueldo, algún viaje a la Capital invitado por los gobiernos nacional o provincial, recibir políticos en decadencia o novatos y pararse a su lado durante el discurso) y porque ese intendente recibe el apoyo de las autoridades provinciales e incluso nacionales, pues tantos “municipios” facilitan el “manipuleo” electoral.

En efecto, del análisis somero de los pronunciamientos del más Alto Tribunal Constitucional de la República Argentina, advertimos la siguiente evolución⁷⁴⁸:

1) Ya en 1870 fruto de una demanda de un particular contra la Provincia de Santa Fe la Corte Federal afirma que las provincias son independientes, frente a los Poderes de la Nación, para decidir todo lo que hace al régimen de sus propias instituciones, materia dentro de la que se incluye el derecho municipal, el cual es competencia exclusiva del ordenamiento local⁷⁴⁹.

2) En 1911, en un conflicto entre Ferrocarril del Sud con la Municipalidad de la Plata, expresa el mismo Tribunal que las municipalidades son meras "delegaciones de los mismos poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos, que la constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación (art. 5º)"⁷⁵⁰.

3) Corría el año 1916, cuando la Corte Suprema debe volver a tratar el tema, reafirmando en esta oportunidad el carácter autárquico del municipio y destacando la autonomía de las provincias⁷⁵¹ y si bien insiste sobre el carácter de "delegaciones de los poderes provinciales" que revisten las municipalidades, se las considera "organismos de gobierno" y se las define como "entidades esenciales"⁷⁵².

4) En el mismo año (1916), afirma también la Corte que "El gobierno municipal debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, mora-

⁷⁴⁸ Gran parte de lo que analizamos en el presente título ha sido expuesto en la ponencia realizada durante el Segundo Congreso de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, que se desarrollara los días 29 y 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2006, en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay.

⁷⁴⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 9, p. 277, "García, Doroteo c/ Provincia de Santa Fé" (1870).

⁷⁵⁰ *Ibid.* t. 114, p. 282.

⁷⁵¹ *Ibid.* t. 123, p. 313.

⁷⁵² *Ibid.* t. 154, p. 25.

lidad, etc. de la Comuna, y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas. No obstante, los reglamentos de los ediles deben sujetarse a las normas generales, amplias y orgánicas, que vienen dadas por la ley provincial”⁷⁵³.

5) En 1944, el más Alto Tribunal establece un límite de vital importancia y trascendencia futura, al expresar que “El alcance y los límites de las facultades municipales surgen de la Constitución y las leyes provinciales, materia que resulta ajena a la Nación, en cuanto no violen los principios, derechos y garantías establecidas en la Carta Fundamental de la República. El sistema económico-financiero al cual deba ajustarse la organización comunal es atribución que entra en la órbita de las facultades propias locales (104, 105 y 106 de la Constitución)”⁷⁵⁴.

6) En el año 1986, en lo que puede considerarse un “retroceso” respecto de la tendencia que venía produciéndose, la Corte insiste en manifestar, como lo había hecho años antes, que “Las municipalidades no son más que delegaciones de los poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos”⁷⁵⁵.

7) Finalmente, en 1989, el más Alto Tribunal Constitucional, luego de destacar que a partir de 1957 diversas constituciones provinciales han consagrado el criterio de la autonomía de los municipios, afirma que la misma puede ser plena, cuando se los faculta a dictar sus propias cartas orgánicas, o semiplena, cuando no alcanza a esa atribución, y agrega que, aun cuando no se reconozca que la autonomía de los municipios cuenta con base constitucional, tampoco puede prescindirse de que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5° de la Constitución determina que las leyes provinciales no sólo no puedan legítimamente omitir estable-

⁷⁵³ *Ibid.* t. 156, p. 323.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, t. 199, p. 423

⁷⁵⁵ Cfr. C.S.J.N., “Ambros Palmegiani S. A. y Gennaro y Fernández S. A. Empresas Asociadas”, del 1° de abril de 1986.

cerlos sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido⁷⁵⁶.

Al resolver el conocido caso Rivademar⁷⁵⁷, la Corte Federal Argentina enumeró las siguientes características en los municipios: origen constitucional, base sociológica constituida por la población de

⁷⁵⁶ Véase el pronunciamiento emitido en el conocido caso "Rivademar" (C.S.J.N., "Rivademar, D.B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario..."). Respecto de éste fallo recomendamos la lectura del importante trabajo y análisis expuesto por BIANCHI, como nota al mismo, y que citáramos anteriormente ("La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades..."). Expresa BIANCHI en el trabajo citado que "No caben dudas que el 21 de marzo de 1989, será recordado como una jornada de euforia cívica para las municipalidades. En efecto ese día, la Corte Suprema al suscribir con voto unánime el fallo recaído en autos "Rivademar, Ángela c. Municipalidad de Rosario", devolvió a los municipios la autonomía que hace 78 años les había quitado cuando el 1º de junio de 1911, al fallar la causa "Municipalidad de La Plata c. Ferrocarril Sud", resolvió que aquéllos "no son más que meras delegaciones de los mismos poderes provinciales circunscriptas a fines y límites administrativos" (ver considerando 7º), es decir los consideró entidades autárquicas. La sentencia que motiva este comentario, huelga decirlo entonces, es de una trascendencia fundamental, pues revierte completamente la jurisprudencia seguida uniformemente por el tribunal desde entonces y hasta muy recientemente en la causa de fecha 1º de abril de 1986 y se hace eco de los clamores que desde diversos sectores políticos y doctrinarios se habían entonado en pos de la reconquista de la autonomía comunal. Todo parece indicar así, que el ciclo de la reivindicación municipal, comenzado hace ya 30 años con el dictado de las constituciones provinciales que a partir de 1957 se enrolaron en la tendencia de devolver la autonomía a sus comunas, ha obtenido el galardón final del reconocimiento jurisprudencial del alto tribunal".

⁷⁵⁷ La actora, contratada inicialmente por dicho municipio obtuvo posteriormente, al amparo de normas provinciales (art. 133, ley 9286 de la Provincia de Santa Fe), su incorporación a la planta permanente como agente municipal. En encontrándose en dicha situación, el intendente rosarino dicta en 1984 un decreto que dispuso revisar los nombramientos efectuados por la anterior administración, actividad para la cual el Consejo Municipal lo había previamente autorizado. Fue así que se dejó sin efecto el nombramiento de la accionante, quien inició recurso administrativo de plena jurisdicción ante la instancia originaria de la Corte provincial. Al contestar la demanda fue planteado el problema de la inconstitucionalidad del citado art. 133 de la ley 9286, por ser contrario a normas constitucionales provinciales y al art. 5º de la Constitución Nacional, ya que se aducía que el referido ordenamiento privaba a los municipios del poder de legislar sobre materias que les son propias, tales como el estatuto y el escalafón municipal.

la comuna, imposibilidad de su supresión o desaparición puesto que la Constitución asegura su existencia, el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales, carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (33, Cód. Civil), alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y elección popular de sus autoridades⁷⁵⁸.

Del mismo modo, el Alto Tribunal delineó, en esta oportunidad, la posición del municipio frente a la Nación y las provincias, expresando que “...los poderes de las provincias son originarios e indefinidos..., los delegados a la Nación son definidos y expresos... Dentro de ese contexto, cabe entender que las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen...”⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ Vid. C.S.J.N., “Rivademar, D.B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario...”, considerando 7°.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, considerando 9°.

e) Análisis crítico sobre los municipios en Argentina⁷⁶⁰

Si bien no es prudente, dada la gran cantidad de municipios que existen en nuestro país, establecer conceptos universales y abarcadores que incluyan a todos los existentes, más aún teniendo en cuenta la carencia casi absoluta de datos estadísticos e información institucional, tanto en los mismos municipios como en oficinas nacionales y provinciales⁷⁶¹, podemos afirmar que, respecto de su organización

⁷⁶⁰ Las fuentes de datos sobre lo que expondremos en el presente apartado son informes del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos a través del SIEL. El Sistema de Información Estadística Local (SIEL) es un programa del INDEC creado por la Disposición N° 391 del 10 de agosto de 2005 (Artículo 5° de la Ley N° 17.622 y sus Decretos Reglamentarios N° 3.110/70 y 1359/04). La formalización de este Programa fue precedida por un conjunto de actividades realizadas desde mediados del año 2004, orientadas a la evaluación y capitalización de las experiencias anteriores del INDEC en la materia. Conforme se informa en documentación del propio INDEC, “el SIEL fue creado con el propósito estratégico de impulsar la ampliación del Sistema Estadístico Nacional hasta los niveles correspondientes a los gobiernos locales, de acuerdo a los principios de la Ley Estadística vigente. Los componentes institucionales y técnico-metodológicos tanto de sus objetivos como de su estrategia de desarrollo lo configuran como un elemento articulador de las áreas específicas del INDEC en el logro progresivo de la cobertura local de la información estadística pública. Al mismo tiempo, se constituye como una fuente de asistencia técnico-metodológica y operativa a las Direcciones Provinciales de Estadística, que son las responsables directas de la extensión de los sistemas provinciales de estadística hasta los niveles de los gobiernos locales”. La publicación del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) que sirve de principal sustento a los datos y estadísticas que venimos aportando en éste título constituye la primera Serie de productos especiales que se publican y es producto del Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM). Los datos corresponden a los 47 municipios que conforman la Asociación Interinstitucional para el Desarrollo del Sur de Córdoba (ADESUR), “... procesada a partir de censos y encuestas disponibles en INDEC, en la Universidad Nacional de Río Cuarto y en los propios municipios. Su objetivo es dar a conocer la referida información a los responsables de la gestión comunal, a los investigadores y técnicos de problemas locales y a los usuarios en general”. Para su ampliación sugerimos el ingreso y consulta en www.indec.gov.ar.

⁷⁶¹ No obstante la imprescindible necesidad de conocer en profundidad la realidad del régimen municipal argentino, hasta no hace mucho tiempo los datos y estadísticas que conformaba la valiosa información que periódicamente recoge, procesa y publica con transparencia y sacrificio el INDEC venía cubriendo o abar-

básica, la forma más frecuente adoptada en las distintas constituciones provinciales para los gobiernos municipales consiste en un departamento ejecutivo (a cargo de un Intendente, otros funcionarios por él designados, y empleados permanentes) y un departamento legislativo (Concejo Deliberante).

Para el gobierno municipal se emplea normalmente el término Municipalidad (aunque a veces se hace referencia, con él, solamente al departamento ejecutivo), pero la organización y número de municipios varía sustancialmente en las distintas provincias de la Repúbli-

cando “el ámbito nacional, el provincial y el departamental, llegando en algunos casos al de localidad, no así el mencionado nivel municipal que se incorpora” con presentaciones como la que sustenta lo que aquí expresamos”. El mismo INDEC reconoce esta circunstancia y afirma, como motivos de su reciente inclinación hacia el estudio y descripción de la realidad municipal, los siguientes factores:

“i) Los municipios son las instituciones gubernamentales que se encuentran más próximas a la comunidad y poseen mejor conocimiento de sus necesidades y posibilidades, lo que les concede mayor ascendiente y arraigo para desempeñar naturalmente el rol de promotor de su desarrollo. ii) La aplicación de las Leyes de Reforma del Estado procedió a la descentralización de los sistemas de prestación de algunos servicios públicos, en particular salud y educación, los que pasaron a depender del nivel provincial de gobierno y, posteriormente, del nivel municipal. Dentro del marco de la política nacional de descentralización se les reconoció a los municipios libertades, poderes y competencias, encuadrándolos en un proceso de revitalización que los convertirá en principales impulsores del desarrollo regional. iii) Consecuentemente, el ámbito municipal debió asumir múltiples y complejas funciones, que implican simultáneamente afrontar mayores responsabilidades, con la condición esencial de trabajar con la máxima eficiencia”.

Y es en el marco de esta realidad que se crea y pone en funcionamiento el denominado PRINEM. Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios que se inserta en el contexto de las tareas del INDEC concentrando otras actividades preexistentes vinculadas con el nivel municipal de gobierno. La validez y calidad de la información, de los datos e incluso de las opiniones y recomendaciones que de ellos surgen, se sustenta especialmente en el hecho de que la mayoría de las Direcciones del INDEC desempeñan funciones de interés para el apoyo a los gobiernos municipales y, en tal sentido, el funcionamiento del PRINEM dentro del INDEC se lleva a cabo con una fuerte interacción de las distintas áreas de producción y de servicios. Se trata en todos los casos de integrar acciones y no superponer esfuerzos. (ver y ampliar a través del Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar).

ca. Se intentará, a continuación, exponer y analizar dos ejemplos de estructuración territorial y administrativa, dos casos extremos, el de la complicada provincia de Córdoba y el de la sencilla provincia de Buenos Aires.

En el caso de la Provincia de Córdoba, se advierte que, con sólo el 8% de la población de Argentina, tiene el 20% de todos los municipios del país. Además, existen por encima del Municipio unas entidades territoriales (las Pedanías) que a su vez se reúnen en otra entidad administrativa superior (el Departamento). Además, por debajo del Municipio existen entidades administrativas inferiores, no internas al Municipio (las Comunas). Por otra parte, en Córdoba existen varias categorías de municipios, y, aún así, esta complicada estructura no evita que existan núcleos de población que no dependen de ninguna autoridad municipal.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, y en contraposición al referido “régimen” de la Provincia de Córdoba, no tiene entes supra municipales ni sub municipales, no internos al Municipio. Tiene una sola categoría de municipios y el territorio entero de la provincia (y todos sus núcleos actuales o futuros de población) están incluidos por lo tanto en alguno de ellos, y, aún cuando dentro de los municipios suelen encontrarse localidades sin autoridades electas propias, normalmente estas se encuentran asociadas más a distritos postales o a estaciones de ferrocarril que a sistemas de autogobierno.

Es decir que, Córdoba, con un territorio de 203.000 Km² y 3.100.000 habitantes, tiene 249 municipios y 219 “gobiernos locales”. Mientras que Buenos Aires, con 307.000 Km² de territorio y 14.000.000 habitantes, posee solamente 134 municipios. Otros casos, desafortunadamente destacables, son el de la Provincia de Entre Ríos, que con un territorio de 76.000 Km² y 1.200.000 habitantes presenta 73 municipios y 192 “gobiernos locales” y la Provincia de

Santa Fe, que con un territorio de 133.000 Km² y 3.000.00 habitantes, tiene 48 municipios y 315 “gobiernos locales”⁷⁶².

En Argentina existen 2198 gobiernos locales contabilizados en el Censo 2001, de los cuales 1144 son Municipios y entre comunas, juntas, delegaciones municipales y comisiones de fomento suman 1054 gobiernos locales, que deben agregarse a los 1144 ya referidos.

Estos números no tienen lógica si se los compara con la distribución poblacional en Argentina, pues la Ciudad Autónoma de Buenos Aires más los 24 partidos que la rodean concentra casi un tercio de la población del país, es decir un porcentaje algo menor al 46.5%⁷⁶³, no obstante lo cual las provincias de Chaco, Córdoba, Salta, Corrientes, Entre Ríos, Misiones, y La Pampa concentran la mayor parte de los municipios del país, es decir 646 municipios que representan casi el 62% de los municipios existentes en Argentina.

Y ello sin tener en cuenta la extraordinaria y llamativa cantidad de “gobiernos locales”, de naturaleza distinta a la del municipio, que existen en las provincias mencionadas en último término y que no existen en la región que concentra al 46,5% de la población del país.

Lo que se viene expresando no tendría demasiado sentido en este trabajo, si no fuera que el objeto de éste título se vincula con las potestades tributarias de los municipios argentinos, es decir, las facultades que los mismos poseen para ser realmente autónomos económica y financieramente, y para, de ese modo, cumplir adecuadamente con el mandato de la Constitución Nacional y con los fines para los cuales han sido creados.

Se expresa esto pensando que, un municipio que no tiene ni puede tener posibilidades ciertas de obtener sus propios recursos pa-

⁷⁶² No es posible en este estudio realizar un análisis particularizado de cada Provincia, pero en todos los casos el número de municipios es considerablemente alto, a lo cual atribuimos en gran medida los resultados que vemos más adelante.

⁷⁶³ Porcentaje que manifiesta una disminución en su participación desde hace más de tres décadas, pues en 1991 casi la mitad de la población (48.1%) vivía en los seis aglomerados más grandes Gran Buenos Aires, Gran Córdoba, Gran Rosario, Gran Mendoza, Gran Tucumán y Gran La Plata.

ra solventar sus gastos corrientes y la prestación de los servicios para los cuales fuera creado, se convierte en un centro político (más que un verdadero “gobierno representativo”), donde se asegura empleo a numerosos militantes del partido político de turno, se reparten bolsones comunitarios a potenciales electores (solamente cuando las elecciones están cerca y el intendente puede ser reelecto o pretende el triunfo de un candidato determinado) y, en casos específicos, sólo sirven para facilitar el acaecimiento de hechos de corrupción, que beneficien a integrantes del gobierno de turno⁷⁶⁴.

Obviamente que alguien debe solventar esa situación de inviabilidad económica y es entonces cuando entran en escena el Gobierno Nacional o los respectivos gobiernos provinciales, que, utilizando fondos obtenidos de los contribuyentes de otros lugares del país (o de la provincia) deben – y quieren – sostener con aportes y transferencias extras, el pago de salarios de los políticos y empleados municipales, los viáticos de los viajes del intendente buscando alguien que le ayude a no tener que “cerrar” el municipio, la compra de vehículos municipales, el pago de las facturas de luz, gas, agua po-

⁷⁶⁴ Luego de haber estudiado durante décadas los datos estadísticas demográficos, poblacionales, sociales y económicos de cada punto de nuestro país, el INDEC recomienda acciones en el sentido de las aquí advertidas. Es muy importante atender las recomendaciones del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, elaboradas a partir del estudio que transcribimos parcialmente más adelante, entre las cuales, y en lo que aquí interesa, se incluye la de atender a la problemática de la programación regional, pues considera el INDEC que los defectos y desbarajustes detectados tienen mucho que ver con una mala distribución política - territorial. “Resulta de vital importancia – se expresa - a nivel nacional la conformación de núcleos regionales, que atiendan a agrupaciones de diversa índole: municipios, comunas, localidades, que implementen políticas conjuntas de inversión y desarrollo generando nuevos mercados que alimenten el poder expansivo potencial de los municipios y mejoren las condiciones de vida. Al asumir los gobiernos locales estos nuevos compromisos de desarrollo vieron, paralelamente, incrementar su necesidad de contar con un mayor conocimiento de la realidad circundante, que les permitiera realizar una mejor asignación de sus escasos recursos, lo que condujo a que los requerimientos de información veraz y oportuna se hicieran cada vez mayores” (ver y ampliar a través del Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar).

table, desagües cloacales y telefonía fija y móvil de las dependencias municipales y de sus funcionarios y agentes.

Absolutamente librados a la suerte quedan la prestación del servicio de recolección de residuos domiciliarios, su disposición, el suministro de agua potable y desagües cloacales (en caso que no estén a cargo de una empresa provincial), el control de cumplimiento de las normas de higiene, seguridad y salubridad, el control de cumplimiento de las normas de tránsito, el bacheo de calles y caminos municipales, el mantenimiento de escuelas y centros de salud, etc.

Para advertir con nitidez esto que venimos diciendo, corresponde profundizar las valiosas referencias al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos⁷⁶⁵, para recurrir a un valioso y fundado estudio del mencionado organismo realizado sobre 44 municipios, con una población total de 3.500.000 personas (18 pequeños, 14 medianos y 12 grandes), que arrojó resultados tan sorprendentes como lamentables

⁷⁶⁵ El INDEC, de acuerdo a la Ley 17.622/68 que dispuso su creación, es el organismo rector de todas las actividades estadísticas oficiales y coordina el Sistema Estadístico Nacional (SEN) integrado por los servicios estadísticos nacionales, provinciales y municipales.

La sistematización de gran parte de la información estadística que venimos citando así como también el valioso estudio al que nos referiremos con frecuencia en adelante, fueron desarrollados por el INDEC en el marco del Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM), cuyos objetivos principales pueden resumirse de la siguiente manera:

- Diseñar un Sistema de Información Estadística Municipal, Georreferenciada (MGIS), a partir de datos generados por el INDEC, las provincias y los gobiernos locales.
- Asesorar a los municipios en la incorporación de tecnología moderna, compatible con la utilizada por el INDEC y las Direcciones Provinciales de Estadística (DPE) en el ámbito del Sistema Estadístico Nacional (SEN).
- Colaborar en la capacitación de los recursos humanos de los municipios en el uso de esa tecnología para la generación de estadísticas útiles en la gestión de gobierno.
- Diseñar un esquema operativo de relacionamiento institucional entre el INDEC y los municipios, con la participación de las DPE, que asegure la generación permanente de información estadística municipal para permitir la actualización del MGIS.

y que deberían llevar a reflexionar y repensar la distribución política y territorial argentina. A continuación, se expone una síntesis del mencionado estudio⁷⁶⁶.

i. Datos poblacionales

Aproximadamente el 85% de la población estudiada (3.547.077 habitantes), habita los municipios grandes. El resto de población, menos del 15 % del total, se distribuye en los otros dos estratos. Mientras que los medianos, con poco menos de una tercera parte de

⁷⁶⁶ Para mayor información del lector que así lo desee, transcribimos a continuación, parcialmente, la presentación oficial del trabajo denominado Sistema Básico de Indicadores Municipales (SIBIM) - Prueba Piloto "... V. Los municipios estudiados y el valor de la información. La metodología de producción de indicadores fue aplicada, a modo de experiencia piloto, en un conjunto limitado de gobiernos locales argentinos. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a las normas que definen a los municipios del país, esto es a las constituciones provinciales y sus leyes orgánicas, el término municipio tiene dos acepciones: una amplia y otra restringida. La primera le da la significación de gobierno local; la segunda, por el contrario, lo limita a ciertos gobiernos locales, normalmente los de mayor entidad y que se diferencian de las comunas, comisiones o juntas locales. En esta significación restringida, los municipios se caracterizan por su autonomía, que no es igual en todas las provincias, frente a la falta de autonomía en los otros gobiernos locales. El Sistema Nacional de Información Estadística Municipal abarca todos los gobiernos locales del país. En consecuencia, el Sistema de Indicadores Municipales se refiere a los municipios entendidos en sentido amplio. En este texto utilizamos de manera indistinta "gobiernos locales" o "municipios" para indicar a los casos seleccionados para aplicar la Prueba Piloto de los indicadores. Para la realización de la Prueba Piloto se seleccionaron 45 gobiernos locales, algunos municipios en sentido restringido y otros no. Esto significa, el 2,3% del total de gobiernos locales del país: 1930. Los resultados del trabajo de campo se obtuvieron de 44 de esos casos, pues no pudo incorporarse a uno de los municipios en la etapa de cálculo de los indicadores porque presentó la información fuera de los plazos que así lo hubieran permitido. Integraban ese conjunto, municipios de muy diferente tamaño demográfico, clasificados en tres grupos, de acuerdo al tamaño de su población. Ese tamaño fue tomado con base en la población que, de acuerdo a la proyección realizada por el INDEC, les habría correspondido a esos Municipios en Diciembre de 1999 (ver y ampliar a través del Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar).

los centros, no llegan al 12,5% de población, los pequeños, con el 40% de los casos tienen una población que representa solamente el 2,5%. Asimismo, la población total del conjunto de municipios analizados, 3,5 millones de personas, se distribuye entre un municipio de más de medio millón, que representa el 15,3 % del total, y otro de 697 personas, esto es el 0,02%⁷⁶⁷.

En los municipios pequeños, además se presenta un caso tan extremo como insostenible, en el cual la pérdida de población duplica al incremento general.

Finalmente, en lo que hace a los datos estadísticos poblacionales, se advierte que el 36% de la población carece de toda cobertura de salud. En los centros pequeños y medianos se repite el promedio (36%), mientras que en los municipios grandes estudiados el porcentaje obtenido es sensiblemente menor al promedio (34%).

ii. *Recursos per cápita*

Los municipios estudiados tienen, en promedio, un poco menos de \$ 300 pesos por habitante (es decir recurso per cápita), lo que representa, sin lugar a dudas, una cantidad relativamente limitada. El gobierno local que más tiene supera esa cantidad en casi cinco veces (\$ 1500) y el que menos registra tiene, con relación al promedio, poco más del veinte por ciento menos de recursos per cápita (\$ 240). Los que más recursos per cápita muestran son los pequeños (1,5 veces más que el promedio) y los que tienen menos recursos por habitante son los medianos (el 63,3% del promedio).

⁷⁶⁷ “Si a la información anterior le agregamos la relativa a NBI..., aunque tomada del Censo de Población de 1991, encontramos que son las sociedades de los gobiernos locales medianos las que presentan una mayor incidencia de esas necesidades, mientras que los grandes están por debajo del promedio general del universo...” (cfr. Sistema Básico de Indicadores Municipales (SIBIM) - Prueba Piloto. Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar).

Los municipios grandes tienen ingresos per cápita ligeramente inferiores al promedio. Puede suponerse, con cierta seguridad, que en los pequeños pesa mucho un gobierno local cuyos recursos per cápita son casi 5 veces superiores al promedio general.

iii. Autonomía financiera

En lo atinente a los aspectos económicos y financieros, del trabajo bajo análisis se destaca que el promedio general arroja que esos gobiernos locales solamente recaudan por sí mismos poco más de la tercera parte (36%) de sus recursos totales. El municipio que mayor autonomía financiera presenta, logra integrar por sí mismo un 80% del total de recursos, mientras que el punto más bajo muestra una dependencia prácticamente total, al tener solamente el 5% de recursos propios.

Los municipios grandes recaudan, en promedio, más de la mitad de sus recursos totales (51%), los pequeños ingresan por sí un 25% de sus fondos y los medianos ingresan apenas un 12% de sus fondos.

Esos datos muestran que, en el universo estudiado, se advierten, en general, situaciones de absoluta o muy importante dependencia financiera y, en consecuencia, de una inevitable dependencia política hacia los gobiernos provinciales, pues con esa dependencia financiera es muy poco lo que esos gobiernos locales pueden planear de manera autónoma y es pequeña también la proporción de ingresos que destinan a la inversión⁷⁶⁸.

⁷⁶⁸ Expresa el informe que seguimos respecto de este tema, que "... la autonomía financiera es claramente diferente en los municipios grandes. Estos recaudan, en promedio, más de la mitad de sus recursos totales (51%), mientras que los pequeños solamente ingresan de por sí la cuarta parte de todos sus fondos y los medianos apenas más de la tercera parte. Esos datos muestran que, en el universo estudiado, salvo los municipios grandes, se trata en general de situaciones de importante dependencia financiera y en consecuencia, de una posible dependencia más general hacia los gobiernos provinciales. Con esa dependencia financiera municipal, se podría suponer que es muy poco lo que esos gobiernos locales pue-

En promedio, se destina un 13% de los recursos totales a la inversión. En dos casos se detectó un 60% de los recursos para inversión y en numerosos casos la totalidad del ingreso es destinada a gasto corriente.

iv. Gasto en funcionamiento

Respecto de los gastos destinados al funcionamiento básico de las instituciones municipales, es dable destacar que los mismos se destinan, mayoritariamente, a sostener el empleo municipal. En tal sentido, en promedio, el 51% del gasto se aplica a pagar el empleo de los gobiernos locales. Son los pequeños los que menos destinan a este rubro y en uno de los grandes se llega a destinar a salarios casi el 80% del gasto.

Los pequeños municipios, con menor autonomía financiera, destinan una proporción mayor a inversión (20%) y los grandes y medianos, con mayor autonomía financiera, destinan una proporción menor al gasto en capital (8%). El gasto corriente se lleva en promedio el 87% de los recursos de los municipios analizados, pero dicho gasto nunca es menor del 40%⁷⁶⁹.

den planear de manera autónoma y que, en consecuencia, puede ser muy pequeña la proporción que destinen a la inversión... Los datos generales apoyan esa hipótesis, ya que los 44 municipios destinan un 13% de sus recursos totales a la inversión. Ese promedio, sin embargo, esconde una importante disparidad: los registros extremos se mueven entre el 60% de los recursos para inversión y la totalidad destinada a gasto corriente..." (cfr. Sistema Básico de Indicadores Municipales (SIBIM) - Prueba Piloto. Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar).

⁷⁶⁹ El gasto en funcionamiento, por otra parte, se destina mayoritariamente a sostener el empleo municipal..., ya que en promedio el 51% del mismo se aplica a pagar el empleo de los gobiernos locales. En este caso es notable la semejanza de los distintos grupos de municipios. Si bien son los pequeños los que menos destinan a este rubro la diferencia es mínima. Como un caso extremo, se observa que en uno de los grandes se llega a destinar a salarios a casi el 80% del gasto... No deja de ser también coherente con la imagen que se viene construyendo el bajo nivel de endeudamiento de los municipios... En efecto, este indicador, que mide la re-

v. *Empleo municipal*

Los municipios del universo estudiado muestran, en general, una relación baja entre su empleo y la cantidad de habitantes que integran su sociedad: 12 cada 1000, de lo cual, deducimos que el problema no se resuelve ni con mayor eficiencia. Un 11% de los empleos corresponden a nivel jerárquico. Se repite el promedio de manera perfecta en los municipios chicos y con una muy leve suba en los grandes. Los municipios medianos, por su parte, presentan una proporción de empleos jerárquicos mucho menor (8%)⁷⁷⁰.

lación entre el disponible –resultado neto entre los ingresos y gastos corrientes- y la inversión realizada, de modo que un mayor valor del indicador significa el escaso peso de las inversiones realizadas respecto de la disponibilidad, toma valores promedios sumamente altos. Situación de la cual pueden desprenderse una serie de argumentos referidos a que, en realidad, las inversiones realizadas son de carácter menor y por tanto se carece de acceso al financiamiento necesario para las grandes obras de infraestructura. Esta carencia repercute, por tanto, en una muy baja e incluso inexistente posición de endeudamiento motivada en la muy limitada capacidad de pago de los gobiernos locales... Este panorama agregado, que de manera sintética es posible construir con los indicadores que se han analizado, muestra municipios con limitados recursos (en relación con la población que tienen a su cargo) y con baja capacidad de generar recursos propios. De allí que deberán depender de las transferencias provinciales o federales, no ya para realizar inversiones, sino en gran medida para poder cubrir sus gastos de funcionamiento y, aún, para poder pagar a sus empleados...” (cfr. Sistema Básico de Indicadores Municipales (SIBIM) - Prueba Piloto. Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar).

⁷⁷⁰ Otro componente general del empleo municipal, importante para conocer la estructura de esos recursos humanos, es la proporción que se incluye en lo que cada normativa local define como puestos jerárquicos... En términos agregados, el universo estudiado muestra... un 11% de los empleos definidos como de nivel jerárquico, si bien con una amplitud muy grande, ya que en el extremo superior la mitad de los empleados ocupa esas posiciones y en el inferior solamente el 2%. Si analizamos su relación con el tamaño de las sociedades locales, vemos que estas características repiten el promedio de manera perfecta en los municipios chicos y con una muy leve suba en los grandes. Los municipios medianos, por su lado, presentan una proporción de empleos jerárquicos mucho menor (8%). Los puestos jerárquicos siguen una distribución similar a la del empleo por habitante, lo que estaría indicando que están asociados con una lógica organizacional relativamente independiente de tamaño de la sociedad...” (cfr. Sistema Básico de Indi-

vi. *Infraestructura social*⁷⁷¹

Este punto del estudio es el que más interesa, por su vinculación con el objeto de este trabajo, sin embargo, el informe INDEC detecta que se trata del tema sobre el cual menos información y datos disponibles tienen las autoridades municipales⁷⁷².

cadores Municipales (SIBIM) - Prueba Piloto. Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar.

⁷⁷¹ “Para realizar este análisis vamos a diferenciar los servicios en dos categorías. Por una parte, servicios de infraestructura, que son aquellos que sostienen y ponen en funcionamiento una infraestructura o red física, como los casos de agua y cloacas, electricidad, gas y teléfonos; y servicios de mantenimiento, que se destinan a producir y conservar las condiciones para el funcionamiento de las sociedades locales, particularmente de nivel urbano: barrido y limpieza, alumbrado, pavimentación, residuos sólidos y áreas verdes...” (cfr. Sistema Básico de Indicadores Municipales (SIBIM) - Prueba Piloto. Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar).

⁷⁷² Al respecto, se expresa que “... antes de entrar al análisis propiamente dicho de los indicadores, es necesario referir, aunque sea brevemente, a las características de las respuestas obtenidas para la cuantificación de estos indicadores en la Prueba Piloto. Características que nos dan cuenta del conocimiento que, desde los gobiernos locales, se tiene sobre la disponibilidad de información al respecto...”. “... Una parte importante de las respuestas indica que los municipios no tienen la información que sobre el servicio se pide y que permite conocer su gestión y evaluar su desempeño...”. “En el caso de los servicios de infraestructura..., es importante la cantidad de los municipios estudiados que no han podido dar la información solicitada. Esto último es particularmente relevante en los casos de los servicios telefónicos y de electricidad, donde el 39% y el 30% de los municipios no aportaron los datos. Es menor, pero no es irrelevante que el 16% de los gobiernos locales no da información sobre agua, el 11% sobre cloacas y el 18 % sobre gas natural. Debe tenerse en cuenta que no se consideran en este caso a los municipios que no tienen dichos servicios, ya que esa información fue tomada como falta total de cobertura y, por ende, como respuesta. Tal vez podría pensarse que, de manera especial en los servicios que son prestados por organismos estatales de otros niveles o por empresas privadas, los gobiernos locales no tienen en su poder la información solicitada. Sin lugar a dudas ello es significativo, ya que al parecer no conocen ni evalúan esos servicios locales, más allá de que en algunos casos puede ser difícil acceder a esa información, particularmente en el caso de servicios a cargo de empresas privadas...” (cfr. Sistema Básico de Indicadores Municipales (SIBIM) - Prueba Piloto. Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar).

En efecto, aún cuando parezca insólito, las autoridades municipales conocen sus necesidades financieras pero poseen muy poco o nulo conocimiento del acceso que tienen los habitantes del municipio a los servicios esenciales⁷⁷³, incluyendo el acceso al agua potable, a los desagües cloacales, la energía eléctrica, el gas natural y la telefonía. Todos ellos, servicios vinculados con la vida, la salud, la seguridad y las posibilidades de progreso social y desarrollo económico de la población.

En este punto, es oportuno advertir con énfasis, que por la falta de agua potable o por su defectuosa potabilización, la gente - especialmente los niños - adquiere enfermedades infecciosas que muchas veces terminan con su vida. Los informes de los organismos internacionales son realmente escalofriantes e indican que dos millones de niños mueren cada año de diarrea y que enfermedades infecciosas como cólera, tifoidea y parasitosis causadas por la falta de acceso a

⁷⁷³ No obstante nuestro comentario, según el estudio elaborado por el INDEC la cuestión es mucho más grave aún pues se debe suponer "... que muchos municipios tienen un conocimiento limitado de los servicios que se prestan en sus territorios, estén o no a cargo de sus aparatos gubernamentales. Debemos mencionar que esa falta de información es mucho mayor aun en los indicadores que se destinan a conocer las dimensiones financieras de los servicios...". Ciertamente, se dan una cantidad considerable de casos con una importante ausencia de información sobre diversos temas. "Varias preguntas o componentes de preguntas quedaron sin responder en muchos casos - dice el informe INDEC - y "... esto significa que una cierta cantidad de gobiernos locales no cuenta con información que se supone necesaria para conocer la realidad que les toca enfrentar...", para luego sugerir que "... cada gobierno local debe identificar los datos con que cuenta para producir la información necesaria para calcular los indicadores y en sentido contrario, identificar los datos que debe conseguir. Es preciso lograr una pequeña organización que centralice en cada municipio los datos referidos a servicios para que se produzca la información necesaria. Lo mismo puede decirse con los datos de las finanzas municipales y de personal". Sin embargo, destacamos que "... la temática que muestra mayor cantidad de falta de respuestas, por ausencia de datos en el gobierno local respectivo, es la que se refiere a los servicios prestados localmente..." (cfr. Sistema Básico de Indicadores Municipales (SIBIM) - Prueba Piloto. Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar).

un sistema seguro de saneamiento, son la segunda causa de mortalidad infantil en el mundo. Datos realmente alarmantes⁷⁷⁴.

Si se analiza la relación existente entre la prestación de servicios de infraestructura y el tamaño poblacional se advierte que, salvo en el caso de la red de agua, a mayor tamaño de la población del municipio, mayor cobertura de servicios. En el caso del agua corriente, por el contrario, se observa una cobertura que, desde poco más de las dos terceras partes, en los gobiernos locales pequeños, desciende levemente hasta llegar en los grandes al 64% de población sin servicio.

Con relación a la cobertura de la red de agua corriente a cierta distancia, dos terceras partes de las viviendas tienen acceso a esa red de primera necesidad. En contraste, la red cloacal un servicio sin lugar a dudas estrechamente vinculado con el cuidado de la salud pública, cubre solamente a una cuarta parte de las viviendas.

El servicio de distribución eléctrica presenta una fuerte cobertura, cercana al 90%. Esto significa que en los gobiernos locales considerados, casi la totalidad de las viviendas está conectada a la red de electricidad. Sin embargo, es sabido que en nuestro país, casi la totalidad de los municipios reciben éste servicio de empresas nacionales o provinciales.

La red de gas natural, por su parte, presenta una cobertura igualmente ínfima, con el 25% de las viviendas servidas, y la red tele-

⁷⁷⁴ Los estudios especializados son terminantes: “A comienzos del siglo XXI, la violación del derecho humano a tener agua limpia y un saneamiento está destruyendo el potencial humano en gran escala. En el mundo actual, cada vez más próspero e interconectado, más niños mueren por falta de agua limpia y un baño que casi por cualquier otra causa. La privación de agua limpia y saneamiento básico destruye más vidas que cualquier Guerra o acto terrorista. Además refuerza las profundas desigualdades en las oportunidades de vida que dividen países y a personas al interior de éstos, según riquezas, género y otras características de privación...” (ver y ampliar, con seguro provecho, en “Fin de la crisis de agua y saneamiento”, *Human Development Report 2006 Beyond scarcity: Power, poverty and the global water crisis*, UNDP, Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2006, Capítulo I, página 27).

fónica muestra un promedio de cobertura de poco más de una tercera parte.

Si se intentara un análisis comparado - a nivel mundial - de los resultados obtenidos, con las reservas del caso, se advierte que los 44 municipios analizados, superan solamente, y muy levemente, en lo que hace a la cobertura de agua corriente, al resto de los países en vías de desarrollo y de Asia del Pacífico. En cobertura de cloacas la situación es alarmante, pues solamente logran superar, también levemente, a los Países Árabes más pobres.

Por su parte, en lo atinente al servicio de distribución de energía eléctrica, la cobertura es óptima, y están solamente por debajo del promedio de los países industrializados y los de transición, mientras que en materia de telecomunicaciones el promedio es similar al del resto de América Latina y el Caribe⁷⁷⁵.

vii. Conclusiones

En un esfuerzo por enumerar las características básicas de los municipios argentinos, tomando como referencia los informes citados y otros datos complementarios resultantes de los obtenidos del estudio referenciado en último término y de las normativas citadas, es posible brindar los siguientes resultados:

- A. Limitados recursos en relación con la población que tienen a su cargo.
- B. Incapacidad para generar recursos.

⁷⁷⁵ Sin perjuicio de éstos datos comparativos, el estudio que seguimos concluye en lo siguiente: "Como conclusión sobre la cobertura de servicios en los municipios en el presente trabajo, es posible afirmar que, en general, y de manera especial en los servicios de infraestructura, se observaron importantes déficit. Entre los servicios de mantenimiento, la pavimentación es un área que muestra particular rezago. Aunque también deja mucho que desear la cobertura del servicio de barrido y limpieza (cfr. Sistema Básico de Indicadores Municipales (SIBIM) - Prueba Piloto. Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios (PRINEM) - www.indec.gov.ar).

- C. Fuerte dependencia de las transferencias provinciales o federales (para gastos de funcionamiento y pago de empleados).
 - D. Baja o nula capacidad para prestar servicios básicos municipales.
 - E. Alto grado de morosidad de los contribuyentes (entre 50% y 96%).
 - F. Concentración de los ingresos propios en grandes contribuyentes.
 - G. Dispersión y confusión normativa, tanto en lo atinente a las leyes de municipalidades provinciales como a las ordenanzas y decretos municipales.
 - H. Ausencia de estrategias fundadas y revisión permanente de la división política y territorial.
- f) Conclusiones sobre de las potestades tributarias de los municipios respecto de los servicios públicos de jurisdicción nacional y provincial

La transformación de los servicios públicos esenciales implica, especialmente en el marco de los procedimientos utilizados en Argentina, un intercambio de compromisos entre el Estado titular (Poder Concedente) y las empresas interesadas en obtener la concesión o licencia para prestar el servicio de distribución de energía eléctrica, de gas natural, de agua potable, de transporte, de desagües cloacales, etc.

Los compromisos de las partes surgen, específicamente de las distintas normas emitidas a lo largo del procedimiento, comenzando por la Ley que autoriza la transferencia de los servicios al sector privado, la Ley que establece el marco regulatorio específico del sector, la norma que define los principios básicos en materia de servicios públicos y las normas que establecieron las bases y condiciones a partir de las cuales se seleccionaría al futuro adjudicatario y posterior

concesionario o licenciataria (pliego de bases y condiciones) y el contrato de concesión o licencia finalmente suscrito.

La normativa detallada constituye la base, a partir de la cual se construye la confianza mutua entre el Estado titular y el privado prestador, confianza que posibilita el permanente nacimiento, desarrollo y desenlace de relaciones jurídicas entre ambos, produciéndose, como consecuencia de las mismas, distintos efectos positivos jurídica y políticamente, a saber: obras de expansión, mejoramiento en la calidad de los servicios, inversiones de magnitud con extensos plazos de amortización, planes de ayudas públicas, adecuaciones tarifarias y avances en materia tecnológica, entre otras actividades.

No obstante ello, no es justo desconocer que se trata de servicios variables y sujetos a innovaciones tecnológicas como lo es, por ejemplo, la generación, transporte y distribución de energía eléctrica, de gas natural, el suministro de agua potable, la telefonía fija y móvil y la provisión de desagües cloacales, con un régimen tarifario preestablecido y expuesto a eventuales adecuaciones por la variación de factores económicos externos, tan impredecibles e inevitables. Sin embargo, a más de todo ello, la relación se acuerda y concede bajo un contrato (acuerdo de partes) a largo plazo (entre 30 y 90 años, o más).

En el sentido que se viene exponiendo, podría decirse con acierto que existen cuatro tipos de situaciones jurídicas entre las nacidas de la concesión, a saber:

i.- por una parte están aquellas cuyas características pueden ser previstas al momento de suscribir el contrato, por lo cual están íntegramente contempladas y reglamentadas en él y deben respetarse estrictamente o variarse de manera consensuada;

ii.- en segundo término identificamos aquellas situaciones jurídicas conocidas, y cuya aparición, siempre al momento de suscribir el contrato, se sabe que ocurrirá, pero se desconoce cuándo y con qué características;

iii.- en tercer lugar identificamos aquellas situaciones jurídicas desconocidas, cuya aparición es inevitable e imprevisible en el marco de contratos a largo plazo, pero que, obviamente, son imposibles de reglamentar desde que no se las conoce ni se puede apreciar su intensidad y características y;

iv.- finalmente, encontramos aquellas situaciones no contempladas en el contrato pero que nacen a propuesta voluntaria de cualquiera de las partes, para satisfacer intereses o necesidades propias.

Respecto de las situaciones mencionadas en i.-, el Estado y el concesionario o licenciataria acuerdan las reglas que deberán aplicarse y respetarse en cada caso. Entre ellas corresponde mencionar, a modo enunciativo, el régimen de bienes de las prestaciones, el procedimiento a utilizarse para el ingreso de nuevos prestadores, la distribución de las cargas en las obras de expansión, en caso de nuevos núcleos habitacionales y el régimen tributario de la concesión o de la licencia, entre otros.

Respecto de las situaciones descritas en ii., no es posible regular los detalles al momento de suscribir el Contrato, motivo por el cual el Estado titular se limita a establecer los principios generales y los procedimientos específicos que deberá utilizarse y respetarse para la resolución de las situaciones jurídicas posibles.

Es el caso típico de los regímenes y valores tarifarios, pues al respecto es sabido al momento de suscribir el contrato que van a producirse variaciones en los factores económicos que sustentaron los valores tarifarios fijados, así como también se sabe que en algún momento será necesario revisar y modificar los cargos establecidos, las categorías de usuarios y los costos a contemplar en los valores a definir.

Igualmente, en ésta categoría de situaciones jurídicas corresponde ubicar las normas sobre calidad técnica y comercial. Es por ello que, en estos casos, entre el sector público y el sector privado se acuerdan, contractualmente, los periodos de vigencia de los valores tarifarios y las normas de calidad y los procedimientos a concretar en cada caso para legitimar eventuales modificaciones.

En el caso de las situaciones jurídicas descritas en iii.-, el Estado y la persona a cargo de la prestación, se limitan tan sólo a establecer un enunciado general respecto a la protección del servicio, al debido respeto por los derechos de ambas partes y la seguridad jurídica.

Si bien no es sencillo encontrar ejemplos de estas situaciones, puede surgir la necesidad imprevisible de revisar planes de inversión establecidos en el Contrato - e incluso en la oferta realizada durante la licitación - en virtud de “hechos de la naturaleza”, que obligan a orientar los mismos hacia otras zonas.

Las crisis económicas, y sus derivaciones sobre el contrato, también pueden incluirse puntualmente como productoras de las situaciones jurídicas descritas en iii.-, especialmente en cuanto a la necesidad de realizar adaptaciones inevitables, pero con las reservas del caso, pues no puede admitirse que el Estado, titular del servicio, lo considere como un hecho ajeno a su voluntad.

Finalmente, cuando la situación jurídica es generada por voluntad de una de las partes y para satisfacer intereses propios, la producción de efectos por parte de dicha situación se encuentra supeditada al acuerdo o consentimiento de la otra parte. De este modo, se abre una instancia de negociación, durante la cual la parte iniciadora expone los motivos de sus pretensiones, la legalidad y razonabilidad de su propuesta y la ausencia de daños o perjuicios, directos e indirectos, sobre el servicio público concesionado. A partir de allí, las partes establecerán las condiciones bajo las cuales puede concretarse la propuesta.

Es fundamental tener en cuenta lo expresado hasta aquí para asegurar un correcto tratamiento de la cuestión bajo estudio, es decir, muy útil y fundamental enmarcar el tratamiento de las relaciones de naturaleza tributaria que aparecen durante las prestaciones en alguna de las cuatro situaciones jurídicas mencionadas con anterioridad.

Y, en tal sentido, primeramente corresponde advertir que el régimen tributario de una concesión o licencia de servicio público,

constituye una situación jurídica perfectamente conocida y definida al momento de redactar el contrato respectivo, suscripto oportunamente, en el cual, como es lógico, se negocian y acuerdan entre las partes cuáles serán los tributos que el prestador del servicio deberá pagar. En realidad, el régimen tributario de la prestación nace con anterioridad al contrato mismo, específicamente en el Pliego de Bases y Condiciones confeccionado para el procedimiento licitatorio, pues allí se establecen los principios básicos del régimen tributario.

Esto no es caprichoso, ni constituye una “opción” para el Estado titular al momento de redactar el Pliego de Bases y Condiciones. Por el contrario, constituye una necesidad inevitable que hace a la seguridad jurídica y a la viabilidad del procedimiento de selección, pues difícilmente un potencial oferente avance con su oferta técnica y económica si no conoce con certeza cuáles serán sus costos. Por otra parte, sólo conociendo acertadamente los costos de las prestaciones, el oferente puede analizar correctamente si las tarifas propuestas en el Anexo correspondiente del Pliego son suficientes y si la concesión o licencia será viable.

Teniendo en cuenta ésta realidad, mal podría pensarse en “autorizar” al Estado, una vez comenzado el periodo de ejecución contractual, para que agregue unilateralmente nuevos tributos, de cualquier naturaleza que sean, pues se estaría violentado el mismo Pliego de Bases y Condiciones, más allá y sin perjuicio de la grave afectación que implica sobre el contrato de concesión o licencia suscripto.

Aumentar los tributos existentes o agregar tributos nuevos al prestador de un servicio concedido o licenciado es prácticamente lo mismo, por producir idénticos efectos, que bajar las tarifas o negar aumentos acordados contractualmente, pero constituye un accionar mucho más grave todavía si se tiene en cuenta que traduce, en la práctica, un “avance” intencional, unilateral y coactivo sobre el sistema económico previamente acordado.

En definitiva, de lo expresado hasta aquí, con sustento en la realidad descripta, las normativas constitucionales vigentes, el estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos y la

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es posible extraer las siguientes conclusiones:

i.- En Argentina se han establecido condiciones a cumplimentar para que los tributos de cualquier especie adquieran constitucionalidad y, con ello, obligatoriedad, y ello ha sido así, especialmente, respecto de la tasa como especie tributaria. Respecto de esta última se dispuso que:

i.a.- siempre debe existir y ser probado el interés público que la tasa creada pretende satisfacer;

i.b.- debe probarse la existencia y especialmente la necesidad de la prestación de un servicio por parte del municipio que crea la “tasa”;

i.c.- dicho servicio “necesario” debe prestarse sobre un bien o un acto individualizado del contribuyente;

i.d.- debe atenderse especialmente a la razonabilidad del costo del servicio a brindar (no confiscatoriedad), pues cuando el “servicio” a retribuirse con la “tasa” pretendida traduce un costo imposible de asumir o excesivamente oneroso deben pensarse alternativas más accesibles;

i.e.- es necesario resguardar la proporcionalidad entre costo y servicio y;

i.f.- el principio de igualdad frente a las cargas públicas debe resguardarse con especial cuidado.

El examen de no confiscatoriedad requiere transparencia y especificidad. Una tasa exorbitante, es inconstitucional por confiscatoria.

ii.- Refundir varios servicios municipales en una tasa única violenta principios fundamentales sobre la imposición, atenta contra la transparencia, impide identificar correctamente cada servicio y conocer con certeza el destino del dinero recaudado.

iii.- La prohibición de pluri-jurisdiccionalidad abarca también las actividades complementarias del servicio público gravado, en la

medida que tales actividades sean obligatorias para el prestador principal o de obligatoria prestación a través de terceros.

iv.- El municipio debe rendir cuentas periódicamente, de manera individualizada y con el correspondiente análisis de costos, sobre la aplicación del dinero recaudado en el servicio invocado.

v.- La posibilidad que eventualmente pueda admitirse al prestador de un servicio público gravado por una tasa municipal, para que el monto que abona por dicho concepto sea recaudado, a su vez, de los usuarios del servicio, es un elemento factible de tener en cuenta al momento de examinar la no confiscatoriedad de la tasa que pretende cobrarse, pero sólo procede una vez superado el examen de constitucionalidad al que, indefectiblemente, debe ser sometida la misma.

vi.- No es suficiente para admitir la constitucionalidad de una tasa, el hecho de que esta, por estar incluida en los costos del concesionario o licenciatario, vaya a ser descargada en la factura de los usuarios finales del servicio o incluida en la tarifa como costo fijo o variable.

En efecto, y en todos los casos, el mismo derecho que tienen los prestatarios del servicio para exigir razonabilidad, proporcionalidad, igualdad, no confiscatoriedad, servicio concreto y necesario y rendición periódica de cuentas respecto de las tasas que pretenden cobrarle, lo tienen los usuarios finales que pagarán indirectamente la "tasa", sea a través de las tarifas aprobadas para la concesión o licencia o como un ítem separado de la factura emitida para el cobro del servicio.

vii.- La existencia de un organismo de control nacional o provincial impide al municipio brindar idénticos servicios, y cobrar por ellos, cuando tales servicios se le hayan encomendado directa o indirectamente al organismo nacional o provincial respectivo.

Constituyen una excepción a este principio, aquellos casos en que expresamente se hubiere previsto que el servicio de inspección, control o cualquier otro será transferido desde el organismo nacional

o provincial a una autoridad municipal que reúna las mismas condiciones técnicas y jurídicas que los anteriores.

En todos los casos, cualquiera sea la solución, es necesario e inevitable jurídicamente evitar la duplicidad del control.

viii.- La pretensión de cobro por el uso del espacio aéreo o subterráneo no responde a ninguna especie tributaria conocida y debe ser rechazado.

ix.- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia, no acepta ni establece principios o reglas inmutables en la materia, lo que genera un estado de inestabilidad judicial riesgoso que debe corregirse.

x.- En las actividades económicas los costos son solventados por el consumidor final y los servicios públicos no son la excepción a esta regla. De un modo u otro, mediante la descarga en tarifa, mediante su inclusión en la factura como ítem especial, mediante una reducción de las obras e inversiones previstas o mediante la suspensión de adecuaciones tecnológicas, los prestatarios de servicios públicos descargarán las “tasas” que pretendan imponérseles unilateralmente, sin consultas o negociaciones previas y de espaldas a la Constitución Nacional.

En definitiva, fundamental en Argentina revisar, adecuar y uniformar el sistema municipal, de manera que no existen regímenes aislados que violenten de manera genérica o particularizada las premisas aquí señaladas. No es prudente sostener “gobiernos” inviables política y económicamente..., ni es justo llamarlos “autónomos” sabiendo que nunca podrán serlo.

CAPÍTULO IX
ORIGEN Y NATURALEZA DE LOS
ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. LOS ENTES REGULADORES EN EL CONTEXTO REFERENCIADO

a) Introducción

Al comenzar esta segunda parte del presente estudio, en cuya extensión se ha expuesto prácticamente lo que puede considerarse una “propuesta final”, se hizo referencia, desde un punto de vista sistemático y global, primeramente al concepto del servicio público, luego a la regulación pública que cabe aplicar sobre las actividades así calificadas y finalmente al concepto abarcador y flexible del marco regulatorio.

Como puede advertirse, hasta ahora se ha obviado, en esta etapa, la concreción de un tratamiento demasiado profundo sobre los organismos a cargo de la regulación, es decir, los denominados en nuestro derecho “entes reguladores”, pues la intención fue, y es, asentar debidamente los temas y conceptos mencionados en el párrafo anterior, para luego asegurar un correcto entendimiento y comprensión del tratamiento sobre los alcances de las competencias de los entes reguladores y la naturaleza de sus manifestaciones.

Respecto de estos “novedosos” organismos - para nuestro derecho -, a veces ponderados desde sectores sociales y políticos y, otras veces, condenados sin mayores análisis y “juzgamientos”, se analizó

ya, con un importante grado de detalle, las disposiciones de las distintas normas de su creación - leyes y decretos -, los derechos y obligaciones que las mismas les imponen, los alcances de sus potestades y competencias, para luego, y a partir de dichas normativas, intentar concretar una clasificación de las funciones multidisciplinarias que le han sido encomendadas.

Sin perjuicio de ello, y de haber comenzado este trabajo analizando parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los denominados “tribunales administrativos” y el ejercicio de “funciones jurisdiccionales” por parte de organismos administrativos, como parte del objetivo que desde un principio se fijó y propuso analizar respecto del alcance de las competencias de los entes reguladores, se intenta más adelante ahondar en los pronunciamientos judiciales más notorios, en busca de “buenas ideas” y “criterios básicos”, pero también en busca de “contradicciones” y “excesos”. Lo primero para construir con ellos un mejor futuro para estos organismos..., lo segundo para corregir.

Sin perjuicio de lo expresado, es preciso admitir, llegando ya al momento “central” de este estudio, que su estructura ha tenido un importante cambio respecto de lo que se planeó inicialmente, y ello porque, cuando transcurría la etapa de lecturas, se pudo advertir que el tratamiento doctrinario y jurisprudencial sobre los entes reguladores adolecía de un “vicio jurídico” - si se nos permite el término - grave y manifiesto, pues, omitía desentrañar previamente el significado de la materia sobre la cual los mismos actúan (servicios esenciales) y el de la función que desempeñan (de regulación pública).

A partir de tal advertencia, se pudo comprender con certeza que, si este trabajo lograba “construir” el más moderno y operativo concepto del “servicio público” y desarrollar respecto de la función de regulación que desempeña el Estado sobre tales actividades, un estudio sistematizador, sería mucho más factible poner al alcance del lector, con claridad y convencimiento, las distintas alternativas de solución, posibles y visibles, al verdadero problema en que se ha con-

vertido la delimitación del alcance de las competencias de los entes reguladores.

Para ello, se consideró imprescindible desde un principio, “reunir” las distintas posturas doctrinarias, “descubrir” sus puntos en común, alcanzar con ellos una “conciliación” básica y, entonces sí, construir un verdadero “sistema de regulación sobre los servicios públicos”.

Igualmente, se comprendió y abarcó la necesidad de analizar y conformar conceptos claros respecto de las formas que puede asumir la regulación pública, especialmente cuando recae sobre actividades de naturaleza económica, también respecto del contenido del “marco regulatorio” y del sentido que tiene un proceso de privatización, con especial referencia al que se desarrolla en países en vías de desarrollo, los cuales presentan graves y notorias carencias de infraestructura, altos índices de pobreza, inestabilidad jurídica y económica e importantes atrasos en materia tecnológica. Todo ello, siempre con el único fin de “descubrir” qué son los entes reguladores y cuál es el alcance de sus competencias.

Por ello, y una vez concretado lo antes dicho, como puede que haya advertido el lector, ha llegado el momento de volver con fuerza a lo “jurídico”, profundizar desde esta “visión” el estudio específico sobre los entes reguladores, centrar nuestra atención en la función de regulación, una vez esbozada una teoría sobre la misma y estudiadas las distintas concepciones que la doctrina especializada de la ciencia jurídica y de la ciencia económica le han dedicado⁷⁷⁶.

En otros términos, si bien son los “entes reguladores” el objeto principal de este estudio, nos mueve el convencimiento de que cualquier trabajo de investigación y opinión que pretenda investigar, sistematizar y extraer conclusiones útiles sobre los mencionados organismos, debe construir previamente una noción clara sobre la activi-

⁷⁷⁶ Igualmente, hemos dedicado gran parte de este estudio para conceptualizar lo que en doctrina y en la normativa vigente se ha denominado “marco regulatorio” y finalmente avanzamos sobre los fines y objetivos de un proceso de “privatización”.

dad económica respecto de la cual ejercen sus competencias y sobre la función que deben desempeñar, es decir, la regulación.

A nuestro criterio, tal como se ha expresado oportunamente, sin dudas, si existe un motivo cierto e irrefutable por el cual los entes reguladores fueron objeto de un polémico debate doctrinario, por momentos pernicioso, en el cual recibieron múltiples calificaciones y “descalificaciones”, ese motivo es la falta de un “consenso” previo sobre el “nuevo” concepto del servicio público y de una conceptualización adecuada respecto de la función de regulación a cargo del Estado. Y ese consenso, es dable admitirlo, estuvo ausente tanto en los ámbitos académicos, como políticos y sociales.

Es este el motivo por el cual se optó por postergar hasta aquí, sutilmente, las reflexiones y conclusiones más consistentes sobre los “entes reguladores”, respecto de las cuales no corresponderá extenderse demasiado, sin perjuicio de exponerlas con claridad y profundidad. Ello considerando especialmente que, en el marco de lo estudiado hasta aquí, y lo que se agrega en adelante, sólo cabe extraer las conclusiones respecto de la naturaleza y funciones de estos organismos.

Esto teniendo en cuenta que, nuestra concepción del servicio público como una técnica instrumental⁷⁷⁷ que recae sobre actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población⁷⁷⁸ y la doctrina que expusimos respecto de la regulación que el Estado practica sobre ellas, deja en claro cuál es el rol que deben cumplir los entes reguladores.

Como un “buen inicio”, y aún antes de expresar nuestras conclusiones más profundas y concretas sobre los entes reguladores, es oportuno y sumamente útil revisar brevemente la historia de estos organismos y sus antecedentes en nuestro derecho.

⁷⁷⁷ No como una actividad sino como un instrumento de regulación de determinadas actividades.

⁷⁷⁸ Es decir, lo que la doctrina denomina “servicios públicos” y que, en nuestra conceptualización, denominamos “servicios esenciales” o, si se quiere “servicios públicos esenciales”.

b) La transformación del Estado y los servicios esenciales

La denominada reforma del Estado en nuestro país se manifestó esencialmente en un profundo proceso de cambios y transformaciones que incluyó también la necesidad de proceder a un replanteo filosófico sobre el mismo. Ya no existen dudas de que la denominada "reforma del Estado" obligó a un debate sobre la esencia misma del Estado, sobre sus estructuras, sus cometidos y sus fines. Más allá del modo, fructífero o no, en que se haya desarrollado dicho debate, de lo bueno o malo de sus resultados y de las intenciones meramente políticas y partidarias que pueden haber impulsado a algunos de sus participantes.

Por ello, se advierte fácilmente que, si bien el proceso referido no fue lo abarcador y profundo que necesitaba serlo para alcanzar grados óptimos de eficiencia y eficacia, en lo que hace a los servicios de telecomunicaciones, energía eléctrica, gas natural y agua potable y saneamiento alcanzó a concretarse con fuerza, al extremo que, en otra oportunidad nos llevó a advertir que, lejos de haberse limitado a una mera "reforma", se trató de una verdadera "transformación"⁷⁷⁹.

Esa transformación operada sobre las actividades mencionadas, impactó sobre estructuras vetustas e ineficientes, sacudiendo con fuerza los cimientos de una pobre y mal entendida cultura burocrática, que desde mucho tiempo atrás venía retroalimentándose y sosteniendo vigentes aquellas estructuras.

La transformación mencionada, siempre centrando el análisis en el ámbito de los denominados "servicios públicos" - para la concepción aquí expuesta "servicios esenciales" - produjo una verdadera renovación de los cometidos estatales, reasignó muchas de las funciones existentes, descentralizó tareas, delegó actividades en el sector

⁷⁷⁹ El término "reforma" implica un cambio superficial, significa trabajar sobre la "forma" de algo, que puede ser una "nueva forma" o una adecuación de la que ya tiene. Por el contrario, "transformar" es modificar la esencia de la cosa, es un cambio profundo e innovador. Al respecto, para profundizar en esta diferencia nos remitimos a nuestro trabajo *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público...*, capítulos II y III.

privado - en algunos casos - y "devolvió" - en otros casos - al mencionado sector privado lo que el Estado le había arrebatado indebidamente, inconstitucionalmente y sin ningún tipo de explicación ni fundamento⁷⁸⁰. Fundamentalmente, y en lo que aquí interesa como se verá más adelante, la transformación en materia de servicios esenciales coadyuvo a:

Levantar el velo que impedía observar, controlar, analizar y juzgar los procedimientos, actos, contratos y demás acciones de las empresas del Estado a cargo de los servicios.

Revisar las estructuras administrativas existentes, analizar las competencias atribuidas a cada una de ellas y realizar una reestructuración, cuidando de reservar un ámbito de control, externo e independiente de la empresa prestataria.

Detectar y corregir casos que presenten concurrencia de idénticas competencias en organismos distintos, puesto que fue - y es - éste, uno de los males que mayores perjuicios provoca sobre la eficiencia del Estado y la consecución de sus cometidos.

Dictar marcos regulatorios compuestos por normas de distinta jerarquía y naturaleza, pero encabezados por cláusulas constitucionales y leyes del Congreso de la Nación, que establecen las bases normativas que gobiernan las prestaciones, abarcando aspectos vinculados a las tarifas, normas de calidad, accesibilidad y régimen de obras e inversiones, entre otros.

Devolver al sector privado la operación de actividades económicas, como son los servicios públicos.

⁷⁸⁰ Es muy importante ver al respecto la profunda y fundada crítica que se realiza a todo el proceso de asunción por parte del Estado de actividades pertenecientes al sector privado por parte de Carlos R. ALCONADA ARAMBURÚ, "Rol del Estado en la economía", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, año 2, Ediciones Depalma, 1990, *passim*. Respecto del sistema constitucional que debe respetarse respecto de los denominados servicios públicos esenciales, puede consultarse Juan Carlos CASSAGNE, "La transformación del Estado", *Revista Jurídica La Ley* 1990-E-898, *passim*.

Crear organismos reguladores y de contralor, independientes del resto de la Administración, al menos funcionalmente, y del prestador del servicio, dotándolos además de profesionales especializados.

Reservar competencias en organismos dependientes del Poder Ejecutivo que deberían ocuparse de la planificación futura de obras, inversiones y expansiones, además de administrar planes de ayudas públicas vinculados con la materia.

Dotar a los usuarios de cada mercado bajo regulación, de derechos para llevar a la práctica sus intereses sobre el servicio, encomendándoles también deberes y obligaciones.

Dictar procedimientos para que los usuarios puedan ejercer eficientemente los derechos que le han sido atribuidos, con plazos y otras formalidades y obligaciones a cargo del prestador privado y del regulador público.

Independizar la definición y aprobación de los valores tarifarios, encomendado a los entes reguladores su análisis y determinación mediante procedimientos públicos en los cuáles pueden participar todos los interesados.

c) La reforma constitucional de 1994 y los servicios esenciales

El debate filosófico, y sus conclusiones respecto de los profundos cambios que había generado y generaría la transformación estatal, derivaron en la necesidad de una adecuación constitucional. Por ello es correcto decir, sin perjuicio de las opiniones en contrario, que la reforma constitucional de 1994 fue un proceso casi "naturalmente" derivado del proceso de transformación estatal y obedeció en su génesis a dos causas fundamentales.

En primer lugar, la adecuación constitucional a la nueva realidad estatal generó la necesidad de introducir conceptos nuevos en la parte orgánica de la Constitución, así como también adecuar viejas estructuras a los avances políticos, económicos y sociales sucedidos

desde 1853 (o 1860). En segundo lugar la reforma constitucional obedece también a la necesidad de una adaptación constitucional al nuevo Estado. A ese Estado más pequeño, pero más fuerte, con menos cometidos pero más abarcador, menos cargado de burocracia, más ágil y más eficiente.

Pero fundamentalmente la transformación dio origen a un Estado distinto en sus fundamentos y en sus motivaciones, con muchos más instrumentos para la consecución del bien común, con muchas más herramientas para la participación ciudadana en las decisiones públicas y un contexto normativo amplio y abarcador, a partir de la incorporación de los tratados internacionales. Paulatinamente, lentamente pero sin pausa, con el transcurso de los años, tanto los funcionarios y agentes del Poder Ejecutivo, como el legislador y los magistrados van utilizando mejor - y con mayor frecuencia - aquellas herramientas, y la ciudadanía va aprehendiendo sus derechos y los mecanismos para ejercerlos.

La denominada “reforma del Estado” pretendió aniquilar el Estado empresarialmente corrupto, interventoramente inconstitucional, avasallador de los derechos y las garantías individuales, y desconocedor de los principios fundamentales del Estado de Derecho. La gran “transformación” actuó sobre un Estado ilegítimo, además deslegitimado, y debió luchar contra un Estado estructuralmente ineficiente, o directamente, con perdón de la opinión extrema, inexistente como poder público, pues más bien se parecía al “centro de ejercicio del poder de un ejército burocrático”⁷⁸¹.

El Estado argentino llegó a una situación tal de deterioro y hacinamiento administrativo que, desmembrado estructuralmente y atontado funcionalmente, olvidó cuáles eran los motivos de su existencia. Olvidó sus objetivos y perdió su horizonte, porque quien ol-

⁷⁸¹ Cfr. ALCONADA ARAMBURÚ, “Rol del Estado en la economía...”, *passim*.

vida su origen pierde su destino y para quien desconoce su pasado, el presente es un juego de azar y el futuro una gran incertidumbre⁷⁸².

Justamente, la poética afirmación que aquí se construye, encuentra su principal sustento en la materia objeto de éste estudio, pues con hondo pesar, es inevitable admitir que luego de 150 años – y más – de transitar los caminos de la “institucionalización”, el Estado Constitucional Argentino no puede lucir resultados mínimamente satisfactorios respecto los servicios orientados a satisfacer necesidades básicas de la población.

Como si eso no fuera suficiente motivo para sentir vergüenza y humillación, se advierte manifiestamente también que la “amenaza” de su privatización – transferencia operativa al sector privado –, y no un verdadero interés por los “servicios esenciales”, fue el verdadero motivo del dictado de los “marcos regulatorios” e incluso de su tratamiento durante la “reforma constitucional” de 1994, así como también fue ese el motivo por el cual, en los mencionados documentos, se haya procurado, con relativo éxito, concretar un tratamiento técnico y objetivo⁷⁸³.

Así es como se consiguió, luego de 150 años – cabe insistir –, que respecto de los servicios esenciales, el Estado, a través de sus estructuras, “reglamentara” básicamente temas tan elementales como la protección ambiental, la conformación de un orden jurídico en la materia, el establecimiento de principios y reglas respecto de los servicios públicos esenciales, mediante el dictado de los denominados “marcos regulatorios” y que se explicitara normativamente la esencial obligación de asegurar eficiencia y calidad, así como la conformación de un marco de protección ciudadano.

Sin perjuicio de “festejar” la existencia de dicha normativa, y de impulsar su perfeccionamiento y adecuación constante, no es

⁷⁸² Véase sobre esta afirmación las advertencias de José ORTEGA Y GASSET a la Europa desunida de principios del Siglo XX (cfr. *La rebelión de las masas* (1937), edición de Domingo Hernández Sánchez, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

⁷⁸³ No político ni ideológico.

conveniente ni prudente olvidar, para no caer nuevamente en el error, que el derecho, el respeto y protección de temas tan vinculados al bienestar y el interés público, jamás debió esperar una tipificación constitucional para llevarse a la práctica, pues hace a cuestiones estrechamente vinculadas al bien común, fin último del Estado.

Es posible aceptar, por el contrario, la inclusión novedosa y premonitoria, del habeas data y la jerarquización de los tratados, pero a fuerza de verdad, un Estado que “esperó” tranquila y pasivamente una reforma constitucional, en este caso la de 1994, para recién preocuparse por los ciudadanos usuarios de servicios esenciales, es decir, orientados a satisfacer necesidades básicas de la población, dudosamente pueda merecer el mote de “Estado”.

Aún así, y en idéntico sentido, todavía es correcto afirmar y destacar que los usuarios de servicios públicos no poseen sus derechos por un reconocimiento legal o constitucional previo. Por el contrario, sus derechos nacen casi naturalmente de su carácter de ciudadanos y de la propia esencia del servicio público esencial, instrumento de satisfacción de las necesidades más elementales del ser humano. Como tal, el denominado “servicio público” en la doctrina, “servicio esencial” para la concepción expuesta en este trabajo, genera en sus “usuarios”, derechos elementales y en sus “prestadores” deberes básicos que pueden ser ejercidos - los primeros - y deben ser cumplidos - los segundos -, más allá de toda tipificación normativa.

2. LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO Y LOS ENTES REGULADORES

a) Breve introducción

Lo que se expresara en el punto anterior es sumamente importante para comprender y justificar toda la estructura normativa y administrativa construida a partir de la reforma iniciada en la década del '90, mediante la reestructuración y privatización de los denominados “servicios públicos esenciales”, puesto que, en su esencia, la

transformación operada sobre tales actividades obedece a la necesidad de brindar un mejor servicio al ciudadano en un área íntimamente vinculada con la salud, la seguridad, el bienestar y el desarrollo.

Ahora bien, ingresando concretamente al objeto de este título, interesa especialmente advertir que los denominados "entes reguladores de servicios públicos" nacen "en el marco" y al amparo de esa transformación general, pues, estos noveles organismos, que, como se mostrara más arriba, hacen su ingreso al sistema institucional argentino por diversas motivaciones - desde el temor a la privatización hasta la idea de ejercer un mero control -, no son una creación aislada del legislador sino que forman parte de un proceso de cambios y transformaciones.

Por otra parte, se debe admitir también que, al momento de su nacimiento, no en todos los casos existió una verdadera conciencia sobre la importancia del ejercicio uniforme e institucionalizado de la función de regulación, especialmente cuando la misma se practica sobre actividades sujetas a un régimen especial de servicio público. Por el contrario, es imposible imaginar como ocurrió el mote de "reguladores", siendo que mas tarde se comprobaría la ausencia casi absoluta de conciencia sobre el significado y alcance del término, tanto en los ámbitos legislativos como administrativos.

Los entes reguladores creados en la década del noventa, tanto a nivel nacional como provincial, e incluso municipal, responden a distintas motivaciones, pues en aquel tiempo el país se encontraba en proceso de transferencia al sector privado de la gran mayoría, si no de todos, sus "servicios públicos", decir, tales actividades se encontraban o recientemente "privatizadas" o en proceso de privatización o muy cerca, temporalmente, de su inicio.

De manera que, mientras para la gran mayoría la creación de los entes reguladores era un modo de evitar que las empresas privadas "llenen sus bolsillos" con ganancias exorbitantes, al tiempo que servían como resguardo laboral "hasta que pase la ola privatizadora", para una minoría "ciudadana", audaz y soñadora, eran estos orga-

nismos un modo de proteger institucionalmente los derechos de los usuarios, cuando estos sean desconocidos o menoscabados y de hacer más eficiente el control de cumplimiento de los contratos a suscribirse o ya suscritos.

Pero muy pocos, tomaron verdadera conciencia que, además de servir como mecanismos de control, las leyes de creación de los entes reguladores les atribuyen competencias propias de lo que oportunamente denominamos “regulación”, al encomendarles el ejercicio de funciones de reglamentación, sancionatorias y arbitrales, agregando expresamente las de planificación, seguridad pública, defensa de la competencia, control sobre limitaciones de transferencias accionarias y de composiciones societarias, de prórroga de habilitaciones y otorgamiento de nuevas habilitaciones, funciones dominiales y de control, reglamentación y autorización sobre la accesibilidad a las instalaciones e ingreso de nuevos prestatarios.

Igualmente, no fueron muchos los que advirtieron la necesidad de construir una teoría de la regulación que sirviera de “cauce conductor” a los mismos directivos de los entes reguladores y de “luz guía” a los demás funcionarios, legisladores y magistrados, para evitar que sus cometidos fueran analizados y juzgados desde distintos puntos de vista, tanto en el ámbito doctrinario como legislativo y jurisprudencial, poniendo en riesgo la eficiencia y eficacia de sus tareas y la operatividad de sus decisiones.

Pero es fundamental entender, además, que, así como la "parte" sirve al "todo", siempre y cuándo y en la medida que armonice con las otras "partes", y así como el soldado es útil al ejército en la medida que comprenda y acepte los ideales y objetivos de la lucha, de igual modo los entes reguladores sirven al sistema establecido para los servicios esenciales, en la medida que se adecuen a él, es decir, siempre que coadyuven a cumplir los objetivos de la transformación estatal. Los hombres que ejercen la función pública y las instituciones estatales, pueden crear métodos y buscar caminos para avanzar, pero no deben fijar por sí mismos objetivos finales, o al menos no

deben contradecir los establecidos para el sistema dentro del cual trabajan.

Entre esos objetivos, es dable mencionar la buena administración de los servicios públicos, la mayor eficiencia y eficacia en las prestaciones, la asunción de responsabilidades por parte de empresas privadas, la paulatina, y medida, descarga de la responsabilidad estatal, la reducción de las estructuras estatales con la correspondiente reducción de costos de mantenimiento del Estado.

Así también, corresponde mencionar entre los objetivos de la transformación estatal, ya desde el punto de vista puramente subjetivo, conseguir que las actitudes ante las necesidades de los servicios y los criterios de decisión respondan a parámetros de eficiencia empresarial, con el correspondiente beneficio en los usuarios, que los menores costos se traduzcan en menores tarifas, que la mayor eficiencia sea mayor calidad y que no se mezclen cuestiones de política de gobierno en una cuestión tan fundamental para el desarrollo y el bienestar⁷⁸⁴.

Pero, por sobre todas las cosas, la transformación procura un ciudadano usuario educado para la "autodefensa" y dotado de los instrumentos técnicos y legales necesarios para ello. El "cambio" hacia un servicio público que responda con solvencia a los requerimientos de los usuarios, no sería tal si dependiera de la intervención o la presencia del ente regulador, sino que, por el contrario, debe producirse con la mera aplicación del nuevo orden jurídico establecido y el estricto cumplimiento de sus obligaciones por parte de los

⁷⁸⁴ Sobre el tema sugerimos la lectura de CASSAGNE, *La intervención administrativa...*, *passim.*; COMADIRA, *Derecho Administrativo...*, Capítulo VI; GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, tomos 1 y 2; y nuestro *El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público...*, capítulos II y III. Para el análisis de una reforma provincial sugerimos, con seguro provecho, la lectura de Juan Carlos ROMERO, *La primera etapa (de la transformación estatal en la Provincia de Salta)*, Ediciones Gofica, 2000, especialmente la introducción del autor y los capítulos I y II.

prestatarios⁷⁸⁵. De otro modo nada habrá cambiado y la eficiencia de los servicios seguirá dependiendo de las estructuras burocráticas del Estado⁷⁸⁶ y de la voluntad del funcionario de turno.

El verdadero cambio, la verdadera "evolución" en materia de servicios públicos no pasa por haber "privatizado" y luego creado "entes reguladores", sino por haber dictado un marco jurídico regulatorio de tales servicios, con normas de calidad, con parámetros tarifarios, con enunciación de los deberes de los prestatarios y de los derechos de los usuarios. También pasa la transformación por descubrir y practicar el espíritu del nuevo orden jurídico, es decir, un prestador más comprometido y un usuario más protegido.

Sin embargo, contrariamente a lo que se viene exponiendo como "deseable", a casi 15 años de la creación de los marcos regulatorios y de los entes reguladores, el mantenimiento del orden jurídico en materia de servicios públicos y la vigencia de ese cúmulo de derechos y garantías constitucionales y legales que hoy los usuarios lucen orgullosos, siguen condicionados, en su ejercicio, a que un organismo público - como son los entes reguladores - cumpla con eficiencia y eficacia sus tareas, con honestidad y generosidad, con urgencia y sacrificio.

Pareciera que no se apprehendió correctamente la lección de la historia, pues durante los numerosos años en que confiamos la operatividad de los derechos y garantías ciudadanos a instituciones estatales, se han producido actos de corrupción que pusieron al borde del colapso no sólo las prestaciones de los servicios esenciales sino el mismo sistema institucional, así como también se alcanzaron niveles

⁷⁸⁵ Esto no es otra cosa que la aplicación del tan mentado "principio de la buena fe" en virtud del cual la conducta de las personas en las relaciones jurídicas deben responder a una intención del cumplimiento de las condiciones pactadas o presupuestas (ver al respecto, con seguro provecho y para un mayor desarrollo, Juan Carlos CASSAGNE, *Los principios del derecho en el derecho administrativo*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1995, *passim*).

⁷⁸⁶ Esta vez a través de "entes reguladores".

de ineficiencia que impidieron cumplir los objetivos más elementales y básicos de dichas actividades.

Sin dudas es fundamental la acción de un organismo de actuación subsidiaria, en resguardo del cumplimiento de los deberes de las empresas y que dicho organismo ejerza la función regulatoria respecto de las inversiones, los niveles de calidad, los valores tarifarios y las estructuras societarias también nos parece ideal. Pero, al mismo tiempo, es importante y necesario exigir que el respeto por los derechos y garantías de los usuarios sea un parámetro inquebrantable para el prestador, una actitud permanente e inviolable, una conducta natural y espontánea. Sin necesidad de la intervención organismo estatal alguno, que supervise y sancione.

b) La historia de los entes reguladores en la Argentina

La discusión inicial sobre la regulación y control de las privatizaciones de servicios públicos no fue pacífica. Se planteaba por entonces⁷⁸⁷ si esta debía necesariamente provenir de organismos autárquicos, con relativo grado de independencia en algunas cuestiones o si tal labor podía ser cumplida desde la administración centralizada⁷⁸⁸. No sería infundado ni improvisado incluso pensar en “privatizar” esta actividad⁷⁸⁹. Por este motivo, debatir sobre los entes reguladores implica necesariamente estudiar - aunque sea superficialmente - la historia de estos organismos.

En efecto, a esta altura de la exposición, es oportuno tener en cuenta que los entes reguladores creados especialmente durante la década del '90 no son los primeros organismos de este tipo que aparecen en nuestro país, pues, tal vez con distintas denominaciones y términos y con significados e implicancias variadas, expresiones tales

⁷⁸⁷ Principios de la década del '90.

⁷⁸⁸ Una Secretaría de Estado de Regulación y control o un Ministerio o una Subsecretaría o Dirección.

⁷⁸⁹ De hecho existen, con dispar éxito, las asociaciones de defensa de usuarios de servicios públicos.

como la de "regulación", "entes reguladores", "entes de control" y "principios tarifarios", entre otros, fueron objeto de numerosas normas jurídicas dictadas en Argentina hacia fines del Siglo XIX.

En efecto, los primeros "entes reguladores" creados en la Argentina aparecen en el transcurso de la segunda mitad del Siglo XIX, a partir de 1854, a los efectos de "controlar y regular" las actividades de correos y telégrafos, ferrocarriles y provisión de energía eléctrica. Ante el ejercicio de las actividades mencionadas, las cuales ya participaban de un tratamiento especial por sus características e incidencia sobre el interés público, y especialmente siendo ejercidas tales actividades por parte de empresas privadas, las autoridades de la época "reaccionan" de manera similar a las autoridades de este fin de Siglo XX, es decir no interviniendo las empresas pero si supervisando y regulando el accionar de éstas.

En la creación de entidades estatales reguladoras durante la segunda mitad del siglo XIX se destaca la previa existencia de una empresa privada prestataria de los servicios a regular, el respeto por el libre ejercicio de tal actividad y dos principios que es muy importante tenerlos presente al momento analizar y reflexionar sobre las características que corresponde atribuir a los entes reguladores hoy vigentes: "de regulación restringida" y de "intervención temporal".

A tal punto es así, que si fuese posible reunir ambos principios - regulación restringida e intervención temporal - dentro de los conceptos jurídicos actuales, podría afirmarse con absoluta certeza que ellos traducen la aplicación práctica del "principio de subsidiariedad"⁷⁹⁰, respecto de los "servicios esenciales". Asimismo, para definir la actuación de estos primeros "entes reguladores", es representativo de lo que se viene advirtiendo que nacieron para desarrollar

⁷⁹⁰ Cfr. CASSAGNE, *Intervención administrativa...*, página 62 y doctrina allí citada (así también, puede consultarse COMADIRA, "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al E.N.R.E., E.Na.R.Gas, ETOSS y CNT)...", página 34 y ss. y SARMIENTO GARCIA, *Concesión de Servicios Públicos...*, Capítulo I).

una labor fuerte y abarcadora en un principio, para luego ir atenuando sus intervenciones y dejando lugar a las fuerzas del mercado.

Por el contrario, la creación de "entes reguladores" en el transcurso de la primera mitad del siglo XX⁷⁹¹, tuvo un fundamento teórico totalmente distinto, pues se sustentaba en doctrinas que propugnaban la intervención estatal en la economía y que respondían a un fenómeno mundial de similares características y objetivos, fenómeno que algunos autores atribuyen a la crisis económica reinante en la época⁷⁹². Es decir que, se trataban, dichas estructuras administrativas, de verdaderos organismos de "regulación", creados para "intervenir" en las actividades económicas e incidir sobre sus actores sin mayores limitaciones.

Es importante destacar esto último: entre los "entes reguladores" que funcionaron durante la segunda mitad del Siglo XIX en la Argentina y los que nacen a partir de 1930 existen profundas y elementales diferencias, pues no respondieron a idénticos fundamentos y tampoco tenían iguales objetivos. Los primeros - creados en el Siglo XIX- nacen debido a la necesidad de cuidar que las prestaciones de actividades estrechamente vinculadas al progreso social y económico se desarrollen normalmente y sin abusos. Los segundos creados en la primera mitad del Siglo XX nacen para ejercer una actividad regulatoria cada vez más intensa y abarcadora.

Los primeros nacen fortalecidos y con mucha presencia para luego empezar, paulatinamente, a disminuir sus intervenciones, los segundos nacen débiles y paulatinamente se van fortaleciendo. En definitiva, lo expresado permite afirmar con absoluto convencimiento que, los primeros entes reguladores nacen para gestionar su propia

⁷⁹¹ Nos referimos, por ejemplo, al Banco Central de la República Argentina, la Junta Reguladora de Granos, la Junta Nacional de Carnes, la Junta Reguladora de la Yerba Mate.

⁷⁹² Ver y ampliar con seguro provecho en Alberto BIANCHI, "¿Qué son los entes reguladores? (Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico)", *Revista Jurídica El Derecho*, Universidad Católica Argentina, 2000, 186-675 (página 677).

extinción. En lograrla está su éxito. Los segundos nacen para crecer y desarrollarse. En dicha evolución está su éxito.

Recordando un breve pero lucido análisis de BARRA al referirse a algunos de los actuales entes reguladores, podría afirmarse de manera representativa que los reguladores del Siglo XIX nacen fortalecidos, pero en el desarrollo de sus actividades tendían más a su desaparición o a su limitación que a su subsistencia, en la medida que la actividad sobre la cual actúan iba adecuándose al "mundo del mercado"⁷⁹³.

Por el contrario, los "reguladores" de la primera mitad del Siglo XX nacen tímidamente y sin conocer muy bien el alcance de sus competencias, pero van adquiriendo fortaleza en su desarrollo al punto que muchos de ellos crecieron desmedidamente, alcanzando importantes grados de intervención sobre las actividades que regulaban. No debemos olvidar que los entes reguladores de la primera mitad del Siglo XX en la Argentina fueron una de las caras visibles de la política fuertemente intervencionista que ejerció el Estado en materia económica.

Este fugaz repaso del papel que ha cumplido el Estado argentino en su tiempo de vida institucional tiene por objetivo demostrar que el Estado regulador no siempre se manifiesta del mismo modo. En algunos casos bastará con el ejercicio de su potestad legislativa y reglamentaria, en otros será necesario prever técnicas de descentralización institucional para procurar una regulación específica sobre determinadas actividades.

¿Cuál es el sentido de este repaso histórico? Crear la inquietud y realizar la pregunta más importante: ¿los entes reguladores de la década del 90 en Argentina, responden al modelo del regulador de fines del Siglo XIX o al de principios y mediados del Siglo XX? Esto es: ¿los entes reguladores que hoy trabajan en la Argentina, deben

⁷⁹³ Cfr. "Entes reguladores. Cuanto menos limiten mejor", publicación realizada en *diario Clarín* del 24 de noviembre de 1998.

cumplir una misión y “auto extinguirse” o deben “perpetuarse” sin límites?....

3. LOS ENTES REGULADORES DE FIN DEL SIGLO XX

Los entes reguladores creados durante los primeros años de la década del 90, es decir, hacia fines del siglo XX, se diferencian “sustancial” y “fundamentalmente” de sus antecesores inmediatos.

En primer lugar porque éstos últimos - los organismos de la primera mitad del siglo XX, responden, en lo que puede advertirse, a una fuerte motivación ideológica y política que los reguladores actuales no tienen. En otros términos, la finalidad de la creación de los reguladores de la primera mitad del siglo XX es absolutamente política, pues procura que el Estado tenga a su alcance los medios para intervenir en mayor o menor medida, y según las circunstancias socio - económicas, en distintas actividades económicas, sea que las mismas hayan sido o no calificadas como “servicios públicos” y sujetas, por ello, a un régimen jurídico especial.

Por el contrario, los “entes reguladores” de la actualidad nacieron en el marco de la “ola privatizadora” mundial de la segunda mitad del siglo XX y, si alguna motivación política puede hallarse en los mismos, esa es la de evitar que las empresas privadas incumplan los pactos suscriptos y que el usuario quede indefenso ante eventuales abusos. Tampoco conllevan éstos organismos carga ideológica alguna, sin perjuicio de formar parte, por razones obvias, del eterno debate que genera la transferencia al sector privado de la prestación de los servicios esenciales.

En segundo lugar, incluso por las características de los mercados bajo regulación, los reguladores de mitad del siglo pasado no pretendían adecuar eventuales fallas del mercado de modo permanente, eliminándolas y atenuando sus efectos negativos, sino simplemente procuraban servir con su presencia y sus intervenciones a eventuales necesidades del Gobierno del Estado, motivo por el cual,

tales “intervenciones” eran, en realidad, verdaderas “intromisiones”, no siempre necesarias técnicamente.

Los actuales “entes reguladores” actúan subsidiariamente, sólo cuando existen fallas del mercado o cuando así lo solicita algún agente del mismo, tienen fines propios que cumplir y “deben” independizar sus acciones del Gobierno de Estado, sin perjuicio de aquellas cuestiones que hacen a la planificación de los servicios y las nuevas habilitaciones – incluyendo las prórrogas de las vigentes – respecto de las cuales se produce un trabajo conjunto, al menos en la faz operativa.

La comparación entre los actuales reguladores y los que operaron durante los últimos años del siglo XIX, tiene parámetros bien distintos respecto de la comparación efectuada en último término, pues en éste caso ambos responden a la misma idea básica: regular económicamente servicios esenciales.

Al respecto, es dable insistir en que, sin perjuicio de la carga política y socio – económica propia de cualquier organismo público estatal, tantos los “reguladores” de finales del siglo XIX como los creados durante la última década del siglo XX, son organismos que nacen para cubrir institucionalmente una necesidad – conveniencia si se quiere – de naturaleza técnica. “Necesidad” cuyos fundamentos se han estudiado y desarrollado en éste mismo trabajo y que, con su satisfacción se procura especialmente asegurar un tratamiento especializado en una materia demasiado compleja como son los servicios esenciales.

Sin embargo, existen tres notas esenciales al sistema actual que marcan una distinción trascendente entre los entes reguladores hoy vigentes y aquellos organismos de regulación que operaron hacia fines del siglo XIX, a saber:

i.- La titularidad del Estado sobre las actividades bajo regulación, lo cual exige la existencia de títulos habilitantes, licencias y concesiones, a partir de los cuales una persona privada puede prestar tales servicios.

ii.- La imposibilidad de abarcar, en profundidad y con demasiados detalles, algunos aspectos de tales actividades en los marcos regulatorios – entendidos estos últimos como el conjunto de normas legales, reglamentarias y contractuales que establecen las bases económicas, jurídicas y técnicas de las prestaciones -, lo cual exige la presencia de un organismo especializado durante el desarrollo de las actividades.

iii.- El modelo asociativo (de asociación público – privada) que se expuso y se analizó más arriba, y que de alguna manera exige un trabajo conjunto especializado, el cual sólo puede llevarse a cabo con la presencia de un organismo funcionalmente independiente y técnicamente capacitado.

a) La titularidad del Estado sobre las actividades y sus efectos

Respecto de la titularidad estatal, se destaca que la figura del Estado aparece desde un primer momento, mediante el dictado de las leyes macro – los actualmente denominados “marcos regulatorios” -, así como también con la posterior reglamentación de las mismas, la confección y aprobación de los pliegos de bases y condiciones, los distintos actos producidos durante el procedimiento de selección y la confección y suscripción del contrato definitivo.

La viabilidad constitucional de todas estas manifestaciones de distintos poderes y órganos del Estado deriva de su titularidad sobre las actividades hacia las cuáles se dirigen y constituye un cuerpo o conjunto normativo complejo, integrado por normas de distintas jerarquías, y que se refieren, indistintamente, a aspectos técnicos, económicos y jurídicos, de las prestaciones.

En tal sentido, tal cuerpo normativo abarca en extensión cuestiones tarifarias⁷⁹⁴, normas de calidad comercial⁷⁹⁵, calidad técnica

⁷⁹⁴ Principios para la fijación de tarifas, distintas categorías de usuarios, valores tarifarios iniciales, procedimientos para su redeterminación.

del recurso⁷⁹⁶, accesibilidad a las instalaciones⁷⁹⁷, seguridad pública⁷⁹⁸, composición accionaria del prestador⁷⁹⁹, derechos de los usuarios⁸⁰⁰, expropiaciones, servidumbres de electroducto, acueducto, gasoducto, poliducto y otras restricciones al dominio⁸⁰¹, cuestiones ambientales⁸⁰², conexiones y reconexiones⁸⁰³, régimen de bienes⁸⁰⁴, normas de

⁷⁹⁵ Normas sobre los datos que deben contener las facturas emitidas a usuarios finales, existencia de una línea gratuita para la recepción de consultas y reclamaciones, cuadrillas móviles para la atención domiciliaria de eventos o fallas.

⁷⁹⁶ Como ser el metro cúbico de agua potabilizada, el Kw. de energía eléctrica, el pulso telefónico o el metro cúbico de gas natural.

⁷⁹⁷ Utilización de redes o instalaciones existentes, derechos y deberes de su propietario, tenedor u operador, derechos y deberes de terceros, procedimientos para el tratamiento de solicitudes de ingreso o acceso.

⁷⁹⁸ Custodia de las instalaciones de prestación, condiciones de construcción y mantenimiento de instalaciones en la vía pública, ubicación, materiales y procedimientos.

⁷⁹⁹ Participación obligatoria mínima del operador especializado, impedimentos temporales de variaciones accionarias, autorización previa del Estado, cumplimiento de determinados requisitos por parte de los nuevos accionistas.

⁸⁰⁰ Plazos para las respuestas a sus consultas, reclamos y solicitudes, respuesta fundada, procedimientos de reclamos ante organismos de control y regulación, audiencias públicas, reducciones tarifarias especiales, procedimientos de consulta.

⁸⁰¹ Determinación de su necesidad y utilidad pública, proporcionalidad, extensión, procedimiento para su determinación de los daños y limitaciones, fijación de la indemnización.

⁸⁰² Obras a ejecutarse, estudio de impacto ambiental, definición de las zonas y trazas, audiencias públicas, derechos de usuarios y terceros, estudios generales sobre temas específicos, campos electromagnéticos, aceites contaminantes, productos químicos utilizados para la potabilización del agua.

⁸⁰³ Condiciones de la infraestructura, casos en que procede, inspecciones a cargo del prestador, normas urbanísticas, factibilidades y pre-factibilidades del servicio, clubes de campo, barrios privados, loteos, obras a cargo del loteador y a cargo del prestador, contribuciones reembolsables y no reembolsables.

⁸⁰⁴ Confección del inventario de bienes, su actualización, altas y bajas, venta de bienes transferidos, disposición de bienes no transferidos, mantenimiento, donaciones.

fomento y defensa de la competencia⁸⁰⁵, entre otros temas de importancia.

Ahora bien, éste inevitable y enmarañado conjunto normativo, que corresponde destacar, a modo de advertencia, no se encuentra disciplinado u ordenadamente separado por secciones e identificado con los títulos correspondientes sino dispersamente oculto entre los miles de principios, normas, reglas y cláusulas del marco regulatorio, exige un trabajo de coordinación normativa, estableciendo las conexiones y enlaces necesarios entre los principios generales – constitucionales y legales – y las reglas más específicas que surjan de las normas reglamentarias, para alcanzar su grado máximo de especificidad en las normas contractuales o las que emanan del título habilitante.

Esta notable diferencia entre el panorama jurídico dentro del cual desempeñaban sus funciones de control y regulación los organismos de fines del siglo XIX y los actuales entes reguladores, es decir, la ausencia de ese tremendo complejo de derechos y obligaciones, de deberes y atribuciones, de procedimientos participativos, de un Estado, en definitiva, dotado de amplias potestades, derechos y obligaciones, hacía que aquellos organismos desempeñaran fundamentalmente tareas de control sobre las prestaciones, sin poder avanzar demasiado con acciones regulatorias.

Podría pensarse, en primer lugar, que la transferencia al sector privado de los servicios esenciales, libera de responsabilidad al Estado, pero ésto es una verdad a medias, pues ello sucede solamente respecto de las acciones concretamente a cargo del sector privado y siempre que el titular no haya tenido posibilidad alguna de evitar o atenuar eventuales daños. Por el contrario, como titular del servicio, actualmente el Estado tiene amplias facultades, y en el derecho público el ejercicio eficiente de una atribución es un deber de la auto-

⁸⁰⁵ Control, autorización de nuevos prestadores, segmentación de los mercados, actos de competencia desleal, denuncia, audiencia pública, sanción, abuso de posición dominante en el mercado

ridad, deber que implica responsabilidad por su incumplimiento o cumplimiento deficiente⁸⁰⁶.

Pues bien, en cierto modo, los entes reguladores son los organismos del Estado encargados de que el mismo cumpla debidamente con sus obligaciones, que ejerza eficientemente sus derechos, que los servicios esenciales no dejen de satisfacer las necesidades básicas, que, sin perjuicio de la participación obligatoria del sector privado en lo que hace a la administración, operación, expansión y mantenimiento de las prestaciones, el Estado conozca la situación del servicio, sus falencias y necesidades, lo cual le permitirá adoptar mejores decisiones al planificar “políticas de Estado” respecto de los mismos.

También podría pensarse, en segundo lugar, que la frondosa reglamentación de los denominados “servicios públicos”, facilita las tareas del Estado y le permite llevar un mejor control sin necesidad de crear y mantener demasiadas estructuras administrativas para ello. Pero esto también es una verdad relativa, pues cuando mayores obligaciones existan a cargo del sujeto regulado, mayor será la necesidad de controlarlas, y más complicada será dicha tarea.

b) La doctrina de los pactos incompletos y sus efectos

Lo que puede considerarse un segundo argumento para diferenciar la labor de los actuales entes reguladores, siempre respecto de los organismos a cargo del control y regulación de los servicios esenciales creados durante los primeros años de nuestra historia constitucional, se encuentra íntimamente ligado con la doctrina de los pactos incompletos⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶ Ver sobre el tema Alberto B. BIANCHI, “La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control...”, *passim*.

⁸⁰⁷ Sobre el tema, sin perjuicio del tratamiento que realizamos más adelante y en las conclusiones de nuestro estudio, es sumamente provechosa la lectura reflexiva de MATA, “Panorama del control sobre los entes reguladores...”, página 2.

La doctrina mencionada muestra una realidad que aparece especialmente al momento de redactar los contratos para la prestación de servicios esenciales, los cuales, con sus largos plazos de duración y la permanente mutabilidad de los factores que nutren aspectos jurídicos, técnicos y económicos de las actividades que constituyen su objeto, obstaculizan gravemente la labor de cualquier especialista, a la hora de intentar concretar el tratamiento de temas esenciales.

En tal sentido, los costos y los tiempos para la concreción de tales contratos, se elevan considerablemente cuando las partes intentan dejar cerradas cuestiones tarifarias; categorizaciones de valores tarifarios a aplicar según los distintos tipos de usuarios; evolución de los niveles de calidad del recurso que se suministra o provee, estableciendo y permitiendo un número determinado de cortes o fallas varias en el suministro durante los primeros años; destino de las obras de expansión y otras inversiones; metodología práctica para la aplicación de subsidios basados en las condiciones económicas de los usuarios; condiciones de accesibilidad por parte de terceros a las instalaciones; actos que pueden considerarse abuso de posición dominante; modalidad y condiciones de prestación en zonas aisladas o dispersas, en las cuales es imposible técnicamente llegar con servicios convencionales o inalcanzable económicamente; materiales a utilizar para el tendido de redes de agua potable y recolección de aguas servidas; características del proveedor de energía eléctrica; exención de sanciones a favor del prestador durante un período inicial; mención específica de las fallas o infracciones posibles y la multa pecuniaria correspondiente; fijación de los montos de las multas a aplicar según sea la extensión geográfica y los usuarios afectados por una falla de servicio y; entre muchas otras cuestiones, el establecimiento de exclusividad en la operación y mantenimiento de determinado servicio o actividad en favor de uno o varios sujetos prestatarios.

De manera que, desde el momento en que se detecta una actividad cuyo objetivo se encuentra vinculado o se dirige a satisfacer necesidades básicas de la población, el Estado asume su “titularidad”, en primer término, y la califica legalmente como “servicio pú-

blico”, en segundo lugar. A raíz de ello se suceden tres efectos inmediatos, a saber:

- A. la prestación o el ejercicio de dicha actividad se encuentra restringido a las personas a las cuales el Estado autorice expresamente y mediante las formas y procedimientos preestablecidos;
- B. la actividad se sujetará a las condiciones económicas, jurídicas y técnicas que el mismo Estado fije en el marco regulatorio;
- C. como sujeto titular, que autoriza y define quién puede prestar el servicio y quién no puede y que, además, establece las condiciones básicas bajo las cuales el o los eventuales autorizados deben prestarlo, el Estado es responsable por la “buena marcha” de los servicios.

Todo ello es fundamento suficiente para que exista un organismo público estatal, independiente y especializado, que se ocupe del control y regulación de los servicios, para que, entre otras tareas o motivaciones especiales, establezca las responsabilidades correspondientes en cada evento de importancia y mantenga al Estado titular informado ampliamente con las necesidades de los servicios, la ecuación económica de las prestaciones, los avances tecnológicos, la introducción de niveles de competencia, la necesidad de establecer ayudas públicas a favor de sectores en condiciones de pobreza o indigencia y las obras e inversiones necesarias que permitan llegar a distintos sectores sociales.

Al respecto, se ha expresado en la doctrina especializada que la imposibilidad de establecer cláusulas cerradas en algunos contratos, se subsana con la presencia de un tercero que, en carácter de mediador, actúa interpretando y cerrando contingencias eventuales y no tratadas completamente en el texto contractual, lo cual puede ser

realizado porque, aún incompletas, habían sido previstas al momento de su suscripción⁸⁰⁸.

Pero no todo es favorable respecto de los entes reguladores, cuando se repasa las opiniones de distintos autores de la doctrina especializada que se han referido a las características de los contratos para la prestación de servicios esenciales.

En efecto, y si bien prácticamente, ya no existe mayor debate respecto de la necesidad y conveniencia de reservar potestades de control y regulación a favor del “Estado – titular”, cuando se trata de otorgar en concesión o licencia el desarrollo de actividades dirigidas a satisfacer necesidades básicas y esenciales de la población, y sujetas por ello a un régimen especial de servicio público, contrariamente, la diversidad de posturas doctrinarias y el consecuente debate⁸⁰⁹, sí adquiere cada vez mayor trascendencia respecto de la necesidad de que dichas potestades de control y regulación sean ejercidas por organismos descentralizados y con importantes grados de autonomía ins-

⁸⁰⁸ Cfr. TIROLE, “Incomplete contracts: Where do we Stand?...”, cita de ESTUCHE y QUESADA, Concesión Contract Renegotiations: Some Efficiency vs Equity Dilemas..., página 3.

⁸⁰⁹ En tal sentido, hemos realizado referencias a los siguientes valiosos estudios especializados: AGUILAR VALDEZ, “El acto administrativo regulatorio...”, página 433 y ss.; ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica...*, *passim*; BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I; BIANCHI, “¿Qué son los entes reguladores? Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico...”, *passim*; CASSAGNE, *La Regulación Económica. Estudio Preliminar...*, *passim*; CASSAGNE, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”)...”, *passim*; CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, capítulo I, II y VI; Ismael MATA, “El “caso Estrada y las competencias de los entes reguladores para resolver conflictos sobre daños y perjuicios”, *Revista de la Administración Pública*, versión digital de Mayo de 2005 (puede consultarse en www.rap.com.ar); MATA, “Panorama del control sobre los entes reguladores...”, *passim*; MATA, “Una visión sesgada de la regulación...”, *passim*; SARMIENTO GARCIA, *Concesión de Servicios Públicos...*, introducción y Capítulo I; y Guido Santiago TAWIL, “Avances regulatorios en América latina”, *Revista Jurídica El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo*, abril de 2000.

titucional, independencia funcional y especialización técnica específica de sus miembros respecto de la materia o servicio que se trate.

Su tratamiento aquí, adquiere especial importancia al advertir que, de todos los motivos que se han mencionado y analizado en capítulos anteriores, respecto de la necesidad de regular la prestación de los que denominamos “servicios esenciales”, especialmente el referido a las características abiertas o “incompletas” de las cláusulas contractuales y demás normas del marco regulatorio, es sin dudas el que mayor incidencia tiene sobre la existencia - o no - de los entes reguladores, así como también, en su caso, influye terminantemente sobre la determinación de las competencias de dichos organismos y el alcance de las mismas.

Esto no es casual ni obedece a “caprichos doctrinarios”. Por el contrario, en la doctrina especializada el carácter de completo o incompleto de un contrato suscrito para la prestación de servicios esenciales se plantea como una “elección”, que tanto el Estado titular como el prestador privado realizan al momento de redactarlo y suscribirlo⁸¹⁰.

Es decir, se supone en la doctrina referida, que en algún momento de las negociaciones entre ambas partes, sus asesores analizan los distintos aspectos técnicos, jurídicos, económicos e incluso políticos y sugieren, alternativamente, a los funcionarios del Gobierno y a los dueños o representantes de las empresas, respecto de la conveniencia de redactar cláusulas “completas” y “abarcadoras”, que agoten el tratamiento de cada tema, reduciendo al máximo o anulando definitivamente, margen alguno de discrecionalidad durante la ejecución, o que, por el contrario, según esos mismos asesores sugieren, se redacten y suscriban cláusulas “abiertas” e “incompletas”, confiando en la razonabilidad de posibles interpretaciones o concreciones posteriores y jerarquizando la labor de las áreas del Estado encar-

⁸¹⁰ Cfr. JOURAVLEV, Regulación de la industria de agua potable, Volumen II: Regulación de las conductas..., páginas 49/53.

gadas tanto de la planificación futura como del control y la regulación.

Es importante aclarar, a esta altura de la exposición, que el esfuerzo durante la etapa de redacción de un acuerdo para la prestación de servicios esenciales, con el objetivo de obtener “contratos completos” que tratan acabadamente cada tema y resuelven con automaticidad los conflictos, planteos y demás cuestiones que pudieren suscitarse a lo largo de su ejecución, ese esfuerzo, decíamos, se plantea como una necesidad para la seguridad jurídica y el aliento de las inversiones, pues, se dice, las empresas del sector privado no confían en un acuerdo cuyo cumplimiento se encuentra sujeto a la “voluntad” de un tercero que debe “completarlo” en cada caso, ejerciendo facultades discrecionales.

Al respecto, textualmente se ha expresado que “Todos los términos y condiciones de regulación deberían especificarse en el contrato, dejando muy poco poder discrecional al ente regulador. Las empresas privadas son reacias a prestar los servicios a menos que se especifiquen en el documento del contrato los aspectos claves de la regulación, como el precio, la cantidad y la calidad”⁸¹¹.

Debemos suponer que, si lo que realmente interesa al sector privado, según el criterio de la doctrina citada en último término, es evitar el ejercicio de funciones discrecionales por parte del Estado, sería necesario, para incentivar su participación, que los contratos contengan cláusulas de ejecución automática, ejerciendo ambas partes tan solo un control respecto del cumplimiento o incumplimiento de cada norma.

Sin embargo, tal situación, no solamente aparece como de muy difícil o imposible concreción, sino que además, la redacción de cláusulas contractuales cerradas – más tarde o más temprano – se

⁸¹¹ Cfr. Barbara RICHARD y Telam TRICHE, (1994), “Reducing Regulatory Barriers to Private – sector Participation in Latin America’s Water and Sanitation Services”, Policy Research Working Paper, N° 1322, Washington, D.C., Banco Mundial citado en JOURAVLEV, *Regulación de la industria de agua potable, Volumen II: Regulación de las conductas...*, página 50.

torna en una característica que contradice o atenta contra los legítimos intereses de las mismas empresas prestatarias, especialmente cuando esas cláusulas “completas” o “cerradas” de los contratos impiden cambios tecnológicos, económicos y técnicos cuya implementación es urgente y positiva para las mismas.

A nuestro criterio, tal como se procurara demostrar con legítimos y razonables fundamentos en el Capítulo anterior, los contratos de concesión o de licencia, suscritos por un Gobierno de Estado con una empresa del sector privado, y que tienen por objeto la prestación de servicios esenciales, no pueden ni deben prever con exactitud la totalidad de las cuestiones atinentes a su objeto.

Es decir, concretando, se considera que la redacción y suscripción de “contratos incompletos” en el caso de los servicios aquí bajo tratamiento, no es una alternativa para las partes, no es una opción para el Estado y el prestador, sino una necesidad inevitable que deriva de la naturaleza de las actividades que constituyen su objeto y que no puede salvarse. “Necesidad inevitable” que, además, se presenta potenciada o acentuada por las características específicas de los servicios esenciales en nuestro país, y en todos los países con carencias de infraestructura e inestabilidad económica⁸¹².

La doctrina que distingue entre contratos completos e incompletos, como alternativas posibles para el momento de redactar las cláusulas de tales documentos, es válida y útil para otros tipos de contratos u contratos destinados a regir otras actividades, pero no para los contratos de concesión o de licencia cuyo objeto es la prestación de un servicio esencial. Mucho menos en los países en vías de desarrollo, atendiendo especialmente a la intensa mutabilidad de los factores económicos y a los numerosos “imprevistos” que aparecen, en virtud de la vetustez estructural, los atrasos tecnológicos y las urgencias propias de actividades que deben cubrir necesidades cuya satisfacción no puede esperar.

⁸¹² Cfr. JOURAVLEV, Regulación de la industria de agua potable, Volumen II: Regulación de las conductas..., páginas 50/51.

El argumento que descalifica el ejercicio de funciones discrecionales por parte de los entes reguladores, y que le atribuye, a tal “actividad discrecional” la generación de inseguridad jurídica, se desmorona ante una realidad incesante e implacable que demuestra, justamente, todo lo contrario: en materia de servicios esenciales, el ejercicio de actividad discrecional a cargo de organismos independientes y especializados es un factor de seguridad jurídica.

Esta realidad ha sido advertida también por la doctrina especializada, y, en tal sentido, la propuesta más razonable impulsa a construir un sistema “mixto”, en el cual se alcance un equilibrio permanente entre la posibilidad de “ajustar” y “cerrar” determinadas cuestiones luego de la suscripción del contrato y mediante la actividad regulatoria y el establecimiento de procedimientos y formas que aseguren el ejercicio razonable y proporcionado de tal actividad⁸¹³.

Pero no obstante exigirse especialmente, y fundamentalmente, que sean el “gobierno del Estado” quién se ocupe de “establecer salvaguardias para limitar, en alguna medida, la flexibilidad en materia de regulación”⁸¹⁴, suelen ser justamente esos gobiernos quienes primero irrumpen con criterios políticos circunstanciales afectando el

⁸¹³ Para JOSKOW “Tanto los contratos completos como los incompletos, así como otras soluciones posibles al problema del compromiso, plantean la necesidad inevitable de lograr una compensación recíproca entre la flexibilidad en materia de regulación - es decir, la capacidad de adaptar las políticas, las normas, etc., según se vayan modificando las circunstancias - y el compromiso regulatorio - es decir, la recuperación de las inversiones, el pago de las deudas y una tasa de rentabilidad razonable y equivalente al riesgo. Además, inclinarse excesivamente en favor de alguno de los extremos probablemente no genere instituciones regulatorias que funciones adecuadamente en el largo plazo (cfr. JOSKOW, Paul (1999), “Regulatory Priorities for Infrastructure Sector Reform in Developing Countries”, Annual Work Bank Conference on Developing Economics 1998, Boris Pleskovic y Joseph Stiglitz (comps.), Washington, D.C., Banco Mundial, citado por JOURAVLEV, *Regulación de la industria de agua potable, Volumen II: Regulación de las conductas...*, páginas 50).

⁸¹⁴ Vid. ESTUCHE y MARTIMORT, (1999), “Politics, Transaction Costs and the Design the Regulatory Institutions...”, citado por JOURAVLEV, *Regulación de la industria de agua potable, Volumen II: Regulación de las conductas...*, páginas 50.

tan mentado compromiso regulatorio. De igual manera, es justo admitir que son también las empresas del sector privado quienes muchas veces afectan la labor independiente y exenta de criterios externos al servicio mismo.

Por ello debemos advertir que la desconfianza del sector privado no es hacia los entes reguladores sino contra el Estado mismo, y, en todo caso, si algo les preocupa respecto de los entes referidos son justamente las malas influencias del poder político contra su independencia e imparcialidad.

En otros términos, lo que justifica asumir los costos y el esfuerzo, así como los riesgos también, de redactar y suscribir “contratos completos” no es el temor al sistema regulatorio y a los entes reguladores, sino el descrédito que algunos Gobiernos de Estado tienen, tanto respecto de su capacidad y conocimiento para resolver con la celeridad y eficiencia necesaria las cuestiones complejas y controvertidas como respecto de su disposición para hacerlo.

Esto es así porque el sector privado, insistimos, contrariamente a lo que supone parte de la doctrina referida, no desconfía del “sistema o modelo de regulación a través de entes reguladores con niveles de independencia funcional y especialización en sus miembros, ni considera que, objetivamente, sea positivo redactar acuerdos “completos”, pero sí advierte riesgos potenciales en las actitudes arbitrarias e irracionales de los gobiernos que, justamente con dichas actitudes, llevaron los servicios esenciales al estado de deterioro e ineficiencia en que se encuentran.

Este es el verdadero motivo que dificulta la redacción de contratos con cláusulas abiertas y sujetas a un cerramiento razonable, proporcionado y equitativo, previo cumplimiento de formas y procedimientos acordados, lo que aumentaría los niveles de eficiencia y de seguridad jurídica, al tiempo que recomienda a los inversores “resignarse” a suscribir contratos de cláusulas cerradas e inamovibles, aún sabiendo que ello obstaculiza el progreso de las prestaciones.

c) La asociación público - privada y sus efectos

Finalmente, es necesario insistir con la necesidad de construir una asociación público - privada, pero ahora analizando los efectos de la misma en la etapa posterior a la suscripción del contrato. No se reiterarán aquí los fundamentos y características esenciales de este modelo, expuestos más arriba, ni tampoco se explicitarán los argumentos que justifican su existencia, simplemente se ocupará este espacio para mostrar que la “asociación” referida en el título funciona como un factor que justifica el establecimiento de organismos regulatorios especializados.

En efecto, estos organismos se encuentran en contacto directo y permanente con las actividades calificadas como “servicios públicos”, todo lo cual persigue, entre otros muchos objetivos, el de mantener suficientemente informado al “socio” Estado (en la asociación público - privada) y permitirle adoptar decisiones más eficientes y convenientes al interés público o, en su caso, con el fin de que sea el mismo organismo o ente regulador quién adopte dicha decisión, con la previa autorización, específica o genérica del Estado.

Más allá de que las decisiones concretas y definitivas que se adopten en el marco de la asociación mencionada sean manifestadas desde el Poder Ejecutivo, el único medio de información directa y confiable de que dispone este último es la actividad regulatoria permanente y especializada que desarrolla un organismo independiente.

Justamente, por el conocimiento sobre las actividades y servicios que dicho organismo tiene, es que conoce dónde pedir la información necesaria, qué pedir en cada caso, cómo solicitarla, a los efectos de impedir las tan frecuentes como antiguas estrategias que consisten en remitir abundante información y diluir con ello la posibilidad de conocer puntualmente lo que se solicita, y también saber cuándo solicitar cada dato o informe. Obviamente que dicho organismo debe tener la capacidad suficiente para, posteriormente, procesar la información obtenida, extrayendo de la misma conclusiones útiles y ciertas.

Pero fundamentalmente, lo que difícilmente pueda ser realizado desde la Administración centralizada es el contacto directo con la actividad calificada como servicio público. Y este es un dato importante en la medida que, de dicho contacto deriva el conocimiento suficiente como para ser “preciso” al solicitar y examinar los datos de la realidad, pues para conocer un servicio esencial, para interiorizarse sobre sus falencias y necesidades, para idear modalidades más económicas y eficientes en su prestación, para llegar con ayudas públicas a quién realmente lo “necesita” y no a quién solo lo “solicita”, para saber si una tarifa es baja o alta, para conocer la rentabilidad del prestador y para adoptar decisiones oportunas en materia de accesibilidad a los servicios e instalaciones, no basta con ser un “estudioso” del tema, ni tener título de especialista.

Por el contrario, del estudio práctico, concreto y periódico, deriva la aptitud para adoptar mejores decisiones. De la experiencia, del “sufrimiento” diario, respecto de las fallas de servicio y de los costos de sus reparaciones, de las urgencias y el careo con la realidad social, económica y técnica, de la asunción de riesgos extremos en torres de alta tensión que son arrolladas por la furia de un río, en gasoductos en riesgo de explotar, en acueductos que se rompen sucesivamente, de la convivencia con los miles y miles de usuarios potenciales que esperan pacientemente las obras de infraestructura y de los vacíos normativos y fallas legales en materia de desarrollo urbano, se extraen las mejores conclusiones y los conocimientos suficientes para adoptar decisiones correctas.

Y esto sólo puede aportarlo un organismo especialmente creado para controlar y regular el servicio esencial correspondiente.

4. ROLES Y DESAFÍOS

A esta altura del presente estudio, se considera necesario traer a la memoria, muy sintéticamente, algunos conceptos de importancia, cuyo desarrollo permite justificar y conformar un modelo de regula-

ción “para la competencia”⁸¹⁵, pensado en base a una noción clara del “servicio público” y orientado hacia un estado de seguridad jurídica que incentive la participación del sector privado y, con ella, la protección del interés público⁸¹⁶.

Se ha intentado demostrar que, tanto desde la visión de la ciencia del Derecho como de la ciencia económica, el ejercicio de la “regulación pública” se manifiesta a modo de “instrumento complementario” de las demás funciones del Estado. “Instrumento” que genera acciones y efectos limitados en lo que hace a los aspectos estructurales de las actividades bajo regulación, especialmente por tratarse de un ámbito – el de la “infraestructura” - donde predomina el ejercicio del poder de policía del Estado.

Por el contrario, el ejercicio de la “función regulatoria” adquiere mayor trascendencia respecto de aspectos operativos, especialmente cuando la actividad, servicio o prestación objeto de regulación presenta fallas que, por sus características serían imposibles de salvar, al menos en un grado óptimo, exclusivamente a través de la emisión de normas obligatorias, generales y abstractas. Es decir, se trata de “fallas” cuya solución no pasa por el ejercicio del poder de policía del Estado.

Para aquella modalidad de regulación, “acotada” por el ejercicio del poder de policía y complementaria del mismo en un grado mínimo, se ha reservado la denominación “regulación de estructuras”, mientras que al ejercicio de la “función reguladora” por parte de organismos especializados e independientes, que se enfrenta a fallas insalvables a través de la actividad normativa, y que, por ello, alcanza niveles de intervención más intensos y extensos sobre las decisiones que adoptan los prestadores de determinadas actividades eco-

⁸¹⁵ Como el que propone ARIÑO ORTIZ en sus obras (ver, por todas ellas, ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica...*, *passim*).

⁸¹⁶ Como el que surge de las obras de CASSAGNE (por todas ellas, a modo de síntesis, véase del autor referido “Presente y futuro de la regulación económica...”, *passim*).

nómicas, se ha reservado la denominación “regulación de conductas”.

En lo referente a los servicios esenciales, se trata de mercados, en algunos casos monopólicos y, en otros casos, susceptibles de producir externalidades negativas sobre otras áreas de la economía, características que, sumadas a las notas especiales de naturaleza socio-política de tales servicios, justifican que complementariamente a la acción normativa del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, se practique un control y regulación permanente y especializado.

Desde la ciencia económica se suele atribuir a la acción regulatoria el carácter de una “interferencia” que, con mayor o menor frecuencia, se aplica sobre el comportamiento de otra persona. Dichas “interferencias” provienen de una persona ajena a la actividad de la cual participa el sujeto interferido, y conllevan el objetivo de incentivar o fomentar ciertas conductas y actitudes en las personas que toman decisiones de trascendencia en un mercado determinado.

Por lo expuesto hasta aquí, aún cuando parte de la doctrina jurídica identifica el concepto de “regulación” con el de “reglamentación”, se ha intentado desarrollar y fundar una postura que distingue y diferencia ambos conceptos, pero sólo en lo que hace a su instrumentación jurídica e institucional y sin desvincularlos absolutamente en cuanto a sus efectos.

En este sentido, respecto de los servicios esenciales - actividades sujetas a un régimen especial de servicio público -, se expresó más arriba que la función de “regulación” no se equipara ni suple la labor reglamentaria del Estado - poder de policía - sino que la complementa en cada caso concreto, definiendo los aspectos de las relaciones jurídicas que no pueden ser previstos normativamente al momento en que dichas relaciones comienzan o son reglamentadas.

En mercados como el de los servicios esenciales, las acciones que desarrolla la institución u organismo a cargo de la regulación de una actividad económica que, como tal, se encuentra sujeta a un régimen especial de servicio público, supera y trasciende el mero dictado de normas de conducta generales y abstractas, pues, justamente,

la práctica regulatoria alcanzará su máxima expresión en un ámbito donde las reglas de conducta son ineficientes, o al menos insuficientes por sí mismas, transcurrido un breve lapso de tiempo, o son imposibles de redactarse eficientemente al momento de iniciarse una determinada relación jurídica. Es decir, en el caso de lo sucedido en Argentina, al momento de consensuarse y redactarse los contratos de concesión o licencia.

De manera que, el regulador de un servicio esencial cumple una función amplia y abarcadora, que incluye además del dictado de reglas de conducta obligatorias, la realización de actos de contralor sobre el servicio y la sanción de fallas detectadas, la resolución de conflictos y controversias entre distintos actores del mercado regulado, la revisión periódica y aprobación de los valores tarifarios máximos que se aplicarán como retribución de los servicios prestados, la revisión y adecuación de las normas de calidad, la realización de auditorías contables y jurídicas, el otorgamiento de nuevas habilitaciones, de prórrogas a las existencias o la recomendación al organismo competente y el control y seguimiento de las variaciones de naturaleza societarias que pueden presentar las personas jurídicas a cargo de la o las prestaciones. Entre otras actividades.

Por éste motivo, es posible distinguir “tipos” o “modos” de regulación, en referencia especialmente a las instancias en las cuales debe intervenir la institución reguladora. En primer lugar, es factible destacar la presencia de un tipo de regulación que adquiere un carácter netamente **preventivo**, con la cual se procura actuar pro - activamente sobre conductas y actitudes futuras del sujeto regulado. La misma se propone orientar o encaminar las decisiones empresarias en determinado sentido.

En segundo término también es posible identificar un tipo de regulación prioritariamente **correctiva**, la que funciona esencialmente frente a la “falla” del sujeto regulado y que generalmente se manifiesta en una orden regulatoria que dispone obligaciones de hacer o dejar de hacer y que en la mayoría de los casos es complementada con una sanción o con un procedimiento que legitima su aplicación.

Finalmente, en tercer término existe un tipo de regulación claramente **revisora**, cuyo objetivo es cambiar determinadas conductas en el sujeto regulado, aún cuando las mismas, hasta ese momento, no habían sido consideradas inconvenientes o perjudiciales para el servicio.

La función de regulación se desarrolla a través de **señales** de naturaleza reglamentaria, jurisdiccional, sancionatoria o meramente fiscalizadora, las cuales, indistintamente pueden referirse a aspectos económicos, jurídicos o técnicos. Sin perjuicio de ello, se agrega que, en los países en vías de desarrollo donde existen carencias estructurales graves y desórdenes normativos, tributarios y urbanísticos y donde concurren altos índices de pobreza e indigencia, la institución reguladora no puede desprenderse de otros roles que involucran la labor de consultoría respecto del Estado, a los efectos de alcanzar una óptima planificación del crecimiento y expansión del servicio, la protección integral del sistema y la permanente interpretación del contrato, frente a hechos fortuitos o derivados de situaciones de emergencia.

Desde el punto de vista institucional, es importante la descentralización política, financiera y administrativa para la regulación de los servicios públicos esenciales. La institución regulatoria no es una “corporación de intereses” sino una entidad independiente que resuelve dinámicamente las cuestiones de cada mercado mediante decisiones imparciales basadas en criterios de especialidad. Su principal función es la defensa del sistema contra factores e intereses internos y externos que ponen en riesgo su integridad y funcionalidad.

Para construir con solidez y perdurabilidad la institucionalidad regulatoria, es importante asegurar cimientos fuertes y duraderos y para ello debe considerarse la necesidad de asegurar el estricto cumplimiento de las siguientes características básicas institucionales:

El “ente regulador” debe ser creado por Ley del Congreso de la Nación o, en su caso, Legislatura provincial, absteniéndose dicha norma de creación de realizar calificaciones extraordinarias que le atribuyan naturaleza jurídica distintiva alguna. Por el contrario, debe

aclararse que se trata de *organismos administrativos descentralizados*.

Las normas de su creación deben abstenerse también de calificar la naturaleza de sus actos o decisiones. Se trata simplemente de *actos administrativos*, que se rigen por la Ley o norma que establece los requisitos y formas para su validez y eficacia, así como los principios que aseguran su estabilidad y extinción, sin perjuicio de establecerse un procedimiento especial para su impugnación en sede administrativa y judicial por parte de cualquier persona legitimada para ello.

Sus miembros deben ser designados mediante concurso público, a cargo de un jurado integrado mayoritariamente por personas de reconocida trayectoria y especialización en la materia y también respecto del rol del Estado y la naturaleza de los servicios esenciales. El jurado, además, puede integrarse minoritariamente con representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, pero, en todos los casos los criterios para la selección final deben estar preestablecidos, cuidando de resguardar su naturaleza técnica y priorizando la especialización. *Esto es así por que, debe insistirse en esto, los entes reguladores no son corporaciones de intereses sino organismos administrativos que representan y resguardan el "interés público"*.

Como respecto de cualquier organismo administrativo, es necesario asegurar el *control judicial amplio de sus decisiones*, sin perjuicio de establecerse, como se adelantara fundadamente más arriba, procedimientos especiales que contemplen recursos directos ante los tribunales judiciales, al solo efecto de resguardar la independencia y especialidad de sus decisiones.

A los efectos de evitar dilaciones en el tratamiento de los temas, asegurar uniformidad en las decisiones finales de la justicia, no contradecir o excepcionar con tratamientos individuales distintivos las bases fundamentales del sistema regulado y revisar eficientemente los actos de los organismos a cargo del control y regulación de los servicios esenciales, *es imprescindible crear un fuero especial, en el ámbito del Poder Judicial, con competencia en materia de actividades sujetas a un régimen especial de servicio público y que trate las ape-*

laciones ante la justicia contra actos administrativos de los entes reguladores.

Sin perjuicio de las clasificaciones doctrinarias que pretenden llevar luces a la compleja cuestión regulatoria, las leyes y demás normas reglamentarias y contractuales, que integran y conforman lo que se ha denominado el “marco regulatorio”, deben abstenerse de calificar jurídicamente las potestades atribuidas a los entes reguladores para el ejercicio de sus competencias⁸¹⁷, pues se trata, en todos los casos, del dictado de *actos en ejercicio de la función administrativa, más allá de que tales actos sean emitidos a partir de un conflicto que debe resolverse, de una regla que debe dictarse o de una sanción que debe aplicarse.*

El alcance de las competencias de los entes reguladores trasciende hacia todas las cuestiones derivadas del servicio regulado, pero, en igual sentido, *el ejercicio de las mismas se circunscribe a las relaciones derivadas de la actividad regulada y siempre que se desarrollen, desde el punto de vista jurídico, en el ámbito del derecho público.*

Sin perjuicio de los controles administrativos de Ley, es importante asegurar plena autonomía desde el punto de vista funcional, así como también económica, a los entes reguladores. La autonomía funcional significa asegurar decisiones libres de presiones e influencias de cualquier tipo, tanto las provenientes desde sectores políticos como empresariales, e incluso desde sectores que se atribuyen la representación de grupos o comunidades de usuarios.

El organismo regulador debe rendir cuentas de su gestión semestralmente ante el Poder Legislativo y Ejecutivo, mediante informes fundados que contengan detalles específicos de cada servicio bajo regulación, las decisiones adoptadas, los criterios generales adoptados y una propuesta de planificación a futuro. Esta acción es fundamental porque legitima el accionar de los entes reguladores, coadyuva a ge-

⁸¹⁷ Por ejemplo la distinción entre “potestades” reglamentarias, jurisdiccionales o sancionatorias.

nerar una mayor confianza en los mismos y, con ello, asegura el pleno respeto por la independencia funcional referida.

Es importante crear una Comisión de seguimiento de los servicios, presidida por el organismo regulador e integrada por representantes de organismos de defensa de la competencia, de protección del medio ambiente, de los municipios con intereses concretos en la materia, de asociaciones de usuarios, del Poder Legislativo y de las áreas competentes del Poder Ejecutivo.

El ente regulador debe prepararse humana y funcionalmente para ejercer sus atribuciones y deberes de asesoramiento hacia las distintas áreas del Estado, fomentando la estabilidad normativa, la igualdad y proporcionalidad en materia tributaria, la concentración de competencias, el orden urbanístico y la planificación eficiente de las expansiones y otras obras e inversiones.

TERCERA PARTE

LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ENTES REGULADORES

CAPÍTULO X
EL VERDADERO ALCANCE
DE LAS COMPETENCIAS ASIGNADAS A LOS
ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. NOTA INICIAL SOBRE LA ACTIVIDAD BAJO REGULACIÓN

Como se ha tenido oportunidad de advertir al momento de analizar la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria de la noción del “servicio público”, y tal vez como una directa consecuencia de las profundas diferencias, desencuentros y confusiones allí referidas, las actividades abarcadas bajo tal concepto también han tenido etapas históricas de evolución y otras de involución en nuestro país.

En efecto, como una nota característica en el ámbito “regional”, pues involucra a toda América latina y no sólo a la Argentina, advertimos que con el transcurso de los años y bajo gobiernos de variadas ideologías y criterios, los servicios considerados esenciales a los efectos de satisfacer necesidades básicas de la población han atravesado breves etapas de reconocimientos e inversiones y largos períodos de negación y abandono.

Con idéntica inestabilidad, en algunos momentos de la historia su prestación ha sido asumida con exclusividad, y exclusión de cualquier otra persona privada o pública, por el Estado, mientras que, en otras etapas de nuestra historia constitucional, los servicios públicos esenciales se desarrollaron bajo principios y características

prioritariamente del derecho privado, manteniéndose el Estado bajo una indiferencia casi absoluta y admitiendo que la prestación, planificación y control de los mismos quedara prácticamente en manos de sector privado⁸¹⁸.

En la última década del siglo XX, luego de muchos años de creciente ineficiencia operativa, anarquía normativa y directiva y con un profundo deterioro estructural, el Gobierno del Estado Argentino diagramó por primera vez⁸¹⁹ un plan de reconstrucción de los servicios públicos esenciales, aplicando técnicas de gestión y prestación a cargo del sector privado, respetando tímidamente la titularidad estatal o reconociendo las indelegables incumbencias del Estado y creando instituciones de regulación supuestamente especializadas y relativamente autónomas desde el punto de vista financiero y funcional, respecto del Gobierno de turno.

Es decir, aún con defectos y muchos aspectos a reglamentar para dar operatividad al marco normativo e institucional creado, es posible afirmar que en la década del noventa se construyen los cimientos de un verdadero “sistema” para la prestación y regulación de los servicios públicos esenciales. Sistema que si bien presenta vacíos lega-

⁸¹⁸ Sobre el concepto del servicio público y su evolución histórica puede consultarse con seguro provecho CASSAGNE, *La Regulación Económica. Estudio Preliminar...*, introducción y capítulo I.

⁸¹⁹ Hacia principios de la década del noventa, luego de varias décadas de conservar la operación, mantenimiento y expansión de los servicios públicos esenciales en manos del Estado, la Argentina presentaba altísimos índices de población sin acceso al agua potable y al saneamiento básico, mientras los ciudadanos con posibilidad de tener una línea telefónica eran considerados “privilegiados” y absolutamente todos los sectores debían tolerar cortes periódicos en los servicios eléctricos y de gas natural por falta de capacidad en el sistema. Sin intención de desconocer ni menospreciar otros intentos de diagramar políticas de Estado en materia de servicios públicos esenciales, como veremos a lo largo del presente estudio, la transformación de la década del noventa fue la única que abarcó los distintos aspectos de los mismos, incluyendo el dictado de los marcos regulatorios y la creación de un marco institucional adecuado. Advertimos esto sin perjuicio de las falencias que sin dudas tuvo ese proceso y de las cuestiones políticas o sociales que fueron suscitándose antes, durante y después del gobierno que la llevó adelante.

les, posee un marco normativo que puede completarse y perfeccionarse paulatinamente y que si bien debe fortalecer sus estructuras organizacionales, posee un marco institucional básico, que sirve como punto de partida.

El marco institucional⁸²⁰ al que nos referimos presenta un sistema normativo donde el sector público estatal conserva la “titularidad” de las actividades calificadas legalmente como servicios públicos⁸²¹, asumiendo en tal carácter la función de planificar políticas de Estado sobre tales servicios, definir las modalidades de prestación y seleccionar al prestador mediante procedimientos públicos y competitivos⁸²². Paralelamente, dentro del mismo sistema normativo, las personas privadas seleccionadas para la prestación obtienen un título habilitante que en la mayoría de los casos consiste en contratos administrativos de concesión o licencia.

En este escenario, y como parte fundamental del “marco institucional u orgánico”, nacen los denominados “entes reguladores”⁸²³, organismos descentralizados y dotados legalmente de funciones que - como referencia - pueden explicarse o describirse mediante su asimilación con las tradicionales potestades de los distintos poderes del

⁸²⁰ Estamos aquí adoptando el término “institución” en un sentido amplio. Definir institución.

⁸²¹ Sobre el tema recomendamos ver y ampliar, con seguro provecho, en Juan Carlos CASSAGNE, “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, *Revista Jurídica La Ley* 2002-B, 855, especialmente página 892 y ss.

⁸²² Para la selección del prestador se utiliza el sistema de licitación pública.

⁸²³ Si bien no son los primeros ni los únicos entes regulatorios que existieron y existen en nuestro país, en este trabajo haremos especial referencia a los sujetos reguladores de los servicios públicos de transporte y distribución de energía eléctrica, transporte y distribución de gas natural y suministro de agua potable y desagües cloacales, nada impide hacer extensivas nuestras opiniones a otros servicios públicos que participan de idénticos principios y objetivos, como ser el transporte público, las telecomunicaciones y los servicios de mantenimiento y expansión en rutas a cambio del pago de un peaje.

Estado, es decir reglamentarias, jurisdiccionales y sancionatorias⁸²⁴, pero que de ninguna manera podrían equipararse a ellas, debido fundamentalmente a que los entes reguladores desempeñan sus actividades en el ámbito del sistema referido y exclusivamente respecto del marco normativo del servicio bajo control y regulación. En otros términos, las nominaciones que reciben las distintas potestades que las leyes atribuyen a los entes reguladores, lo son a modo de referencias y como una forma de sistematizar el ejercicio de la función regulatoria, pero de ninguna manera podrían equipararse dichas potestades con las que ejercen los poderes del Estado por ser ello inconstitucional⁸²⁵.

La doctrina especializada y la jurisprudencia indagó en reiteradas oportunidades sobre los motivos por los cuales los entes reguladores habían obtenido de las normas de su creación competencias tan amplias⁸²⁶, llegando incluso a ser calificados en el ámbito doctri-

⁸²⁴ Así por ejemplo como función reglamentaria se les encomienda el dictado de reglamentos que establezcan los procedimientos para el ejercicio de los derechos otorgados a los usuarios y la atención de reclamos y las normas o reglamentos de suministro; como función jurisdiccional se les encomienda la resolución de eventuales conflictos o controversias que pudieren ocurrir entre prestadores de los distintos servicios, entre prestadores y los usuarios y también entre prestadores, usuarios y terceros interesados; como función sancionatoria la institución de regulación puede y debe aplicar distintos tipos de sanciones en caso de detectar fallas operativas.

⁸²⁵ En los Capítulos anteriores hemos visto y comprobado detenidamente las limitaciones constitucionales en lo atinente al ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte de los entes reguladores. Asimismo, respecto de las potestades reglamentarias desarrollamos más adelante un análisis similar (sobre el verdadero alcance de las limitaciones constitucionales para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo y los demás organismos administrativos, véase Juan Carlos CASSAGNE, "La configuración de la potestad reglamentaria", *Revista Jurídica La Ley* 2004-A, 1144).

⁸²⁶ Sobre el tema puede consultarse con seguro provecho MATA, "Una visión sesgada de la regulación...", *passim* y COMADIRA, "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al E.N.R.E., E.Na.R.Gas, ETOSS y CNT)...", página 200.

nario como un Estado dentro del Estado⁸²⁷, pero lo cierto es que dichas competencias sólo se justifican y encuentran sustento constitucional en la medida que sean adoptadas como instrumentos de consecución de los fines que se tuvieron en cuenta para la creación de cada ente regulador y que se ejerzan en al marco de tales fines.

Tan extensa asignación de competencias, motivó, o mejor dicho, hizo prácticamente imprescindible, la concomitante atribución de una extensa y variada gama de potestades a los entes reguladores, las cuáles actúan como medios instrumentales para el cumplimiento de los fines explicitados en las normas correspondientes. Por ello, en el funcionamiento del nuevo sistema, el regulador aparece como una institución de coordinación general y particular que armoniza las distintas piezas asegurando un funcionamiento legal, eficiente y eficaz durante su desenvolvimiento.

Por este motivo también, corresponde advertir como una cuestión fundamental, que si no se asegura el libre ejercicio de las potestades atribuidas, no solo se estaría violentando el orden jurídico vigente, sino, peor aún, se conduciría el sistema a un fracaso rotundo con todo lo que ello significa cuando se trata de servicios esenciales⁸²⁸. Pero esta afirmación merece, para ser comprendida en su verdadera dimensión, la sistematización de las funciones que cumplen

⁸²⁷ Cfr. BIANCHI, La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina..., tomo I, página 162.

⁸²⁸ Especialmente respecto de las potestades reglamentarias de los reguladores, el libre ejercicio de tal atribución permite y asegura la flexibilidad suficiente para adaptar el servicio y las regulaciones a los cambios del mercado en el campo económico, institucional y tecnológico. El tema ha sido desarrollado con claridad y solvencia por CASSAGNE, "Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso "Angel Estrada")...", *passim* y también por Miguel SOLANES, *Servicios Públicos y Regulación*, estudio publicado por la Comisión de Estudios para América latina y el Caribe - Organización de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1999, página 17 (puede consultárselo en <http://www.eclac.cl>).

los entes reguladores en el sistema referido, teniendo en cuenta para ello la normativa vigente⁸²⁹.

2. LAS COMPETENCIAS ASIGNADAS A LOS ENTES REGULADORES EN LA ARGENTINA

Mucho se ha escrito y mucho se ha “juzgado” judicialmente sobre estos particulares organismos denominados “entes reguladores”. Sin embargo, como tales expresiones doctrinarias y jurisprudenciales no han alcanzado un marco mínimo de consenso, aparece como urgente y trascendental exponer un análisis que se ocupe exclusivamente del aspecto más elemental, cuando de analizar la naturaleza jurídica de una persona de Derecho se trata, es decir, el aspecto normativo. A eso se dedicará gran parte de la tarea en lo que resta de este Capítulo.

Los entes reguladores son organismos autárquicos de naturaleza netamente técnica, con autonomía funcional y autarquía financiera, creados concomitantemente a dos sucesos jurídicos y políticos de importancia, a saber: el dictado de marcos regulatorios para las distintas actividades sujetas a un régimen de “servicio público” y la transferencia de las prestaciones de tales actividades, mediante títulos habilitantes - contratos de concesión o de licencia - a personas privadas.

Conforme surgen de las normativas integrantes de los mencionados marcos regulatorios, las atribuciones y deberes de los entes reguladores son verdaderamente numerosas e ilimitadas, llegándose al punto máximo cuando se establece que dichos organismos deben hacer *“todo lo necesario a los efectos de asegurar la calidad y efi-*

⁸²⁹ Nuestra intención es dejar de lado para el análisis y sistematización de las funciones encomendadas a los entes reguladores las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales.

*ciencia de los servicios públicos, en condiciones de seguridad y con protección del medio ambiente*⁸³⁰.

Contrariamente a determinadas tendencias doctrinarias, y también numerosos pronunciamientos judiciales, especialmente de tribunales inferiores, los entes reguladores no son (ni podrían serlo en nuestro esquema jurídico - político de regulación), “tribunales administrativos”, porque no tienen ni necesitan tener grados de independencia e imparcialidad tan extremos como los que se atribuyen al Órgano Judicial.

Pero fundamentalmente no son “tribunales administrativos” porque, como se explicara más arriba, el hecho de que se les encomiende la resolución de controversias entre actores del mercado regulado no significa atribuirles el ejercicio de “funciones jurisdiccionales”, pues, más allá de la confusión que tal término genera en el lenguaje jurídico, de considerarse necesario atribuir una denominación a la resolución de conflictos que los reguladores realizan, lo más apropiado y representativo sería calificar tales actividades como “función arbitral”.

Afirmar que los entes reguladores ejercen “funciones jurisdiccionales” por el hecho de resolver controversias, resulta tan improcedente como decir que determinados organismos administrativos tienen naturaleza parlamentaria por el hecho de que pueden dictar algunas reglas complementarias de las normas generales.

Por el contrario, tal como se esbozara en la nota inicial del presente Capítulo, el regulador asume el rol de ordenador de las actividades bajo su competencia, y, en el marco de la encomienda que recibe de “hacer todo lo necesario para asegurar la calidad y eficiencia de los servicios...”, utiliza las potestades de controlar, dictar reglas, sancionar y resolver conflictos, como medios instrumentos de consecución de aquel fin último. En otros términos, lo que jurídicamente

⁸³⁰ Como ya expresáramos oportunamente, centramos en este estudio en el Ente Nacional Regulador de la Electricidad y el Ente Nacional Regulador del Gas.

se denomina “potestades”, técnicamente son “herramientas” que el sujeto regulador utiliza para desarrollar diariamente sus tareas.

Sin embargo, desde su creación los entes reguladores de servicios públicos esenciales bajo estudio, han generado un permanente y participativo debate doctrinario sobre los alcances de sus competencias y la naturaleza de sus atribuciones, lo cual ha permitido importantes avances en la materia aún cuando quedan todavía muchos cuestionamientos y advertencias sobre el rol que deben asumir estos organismos⁸³¹.

Así es como, al debate inicial sobre si son o no defensores de usuarios, polémica doctrinaria que incluía algunas opiniones a favor de que los usuarios integren los directorios de los reguladores⁸³², se fueron sumando otros aspectos controvertidos como las competencias de los entes reguladores en materia ambiental y en la aplicación de las normas de defensa de la competencia y también el tipo de control administrativo y judicial que debe practicarse sobre el regulador⁸³³.

No obstante todo lo expresado hasta aquí en el presente Capítulo, y sin perjuicio de las respetables opiniones doctrinarias, a la hora del análisis normativo no puede desconocerse que los entes regu-

⁸³¹ Se ha destacado en doctrina el nutrido debate que han generado las comisiones reguladoras de los Estados Unidos de Norteamérica y en el Reino Unido, lo cual se mantiene todavía latente en la doctrina y jurisprudencia de esos países (cfr. BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I, capítulo I y VICKERS y YARROW, *An Economic Analysis...*, página 17 y ss.).

⁸³² En sentido contrario a esta postura, y en opinión que compartimos, se expresa CASSAGNE en “Seguridad jurídica en los servicios públicos privatizados. Bases para una renegociación de los contratos”..., CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, Capítulo III. También puede verse, en sentido contrario a la incorporación de usuarios a los directorios de los entes regulatorios, COMADIRA, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al E.N.R.E., E.Na.R.Gas, ETOSS y CNT)...”, páginas 217 a 250, esp. 230.

⁸³³ Ver al respecto MATA, “Panorama del control sobre los entes reguladores...”, página 2.

ladores han sido dotados de amplísimas funciones sobre los servicios a regular, pues sea que su creación se haya producido en forma previa, concomitante o posterior a la privatización del servicio en cuestión, tanto las leyes como sus decretos reglamentarios se ocupan de enumerar expresamente sus atribuciones y deberes con una amplitud extraordinaria, agregando incluso, como si la interminable y abarcadora enumeración no fuese suficiente, “aquellas funciones o atribuciones que implícitamente surgiera de las expresamente otorgadas”⁸³⁴.

A ésta amplitud normativa – se reitera, imposible de desconocer – es importante agregar que, para atender tan abarcadora gama de competencias y responsabilidades, los sujetos reguladores han sido dotados por las normas de su creación de cuatro potestades fundamentales como son las de ejercer el contralor sobre los distintos aspectos del servicio, dictar disposiciones reglamentarias, imponer sanciones a los sujetos regulados y en ciertos casos a terceros y resolver eventuales controversias vinculadas con los servicios objeto de regulación.

Para comprender en su verdadera dimensión los alcances de las potestades de contralor, reglamentarias, sancionadoras y jurisdiccionales mencionadas, habrá que tener en cuenta los dos órdenes atributivos de competencias indicados con anterioridad, es decir, las competencias implícitas, derivadas de las expresamente otorgadas y el ilimitado “deber” de hacer “todo lo necesario” para asegurar la calidad y la eficiencia del servicio bajo control y regulación.

Justamente, esto que se viene destacando y advirtiendo con tanto énfasis, motiva y justifica que, antes de profundizar sobre los

⁸³⁴ Es el caso del E.N.R.E. (artículo 56, inciso s de la Ley 24065), del E.Na.R.Gas (artículo 52°, inciso x de la Ley 24076) y del ETOSS (artículo 17°, inciso u, Decreto 999/92) la normativa establece como función y atribución de estos organismos, en general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones, los objetivos de los respectivos marcos regulatorios, de las normas reglamentarias y de las disposiciones contractuales aplicables.

alcances de las competencias de los entes reguladores, se procure “afirmar”, con la mayor claridad posible, dos premisas básicas que deberían ser tenidas en cuenta durante la lectura de las argumentaciones que siguen, a saber:

la responsabilidad principal por la operación de los servicios públicos privatizados debe recaer fundamentalmente en sus prestadores, siendo la labor reguladora de carácter subsidiaria y orientadora y;

para que las competencias de los sujetos reguladores puedan cumplirse acabadamente y para que sus potestades se ejerzan eficiente y eficazmente, es imprescindible un consenso mínimo sobre la naturaleza jurídica de estos organismos y esencialmente sobre la naturaleza de la función reguladora.

Sobre la segunda advertencia realizada se trabaja en adelante, para lo cual, como un punto de partida, se analiza acabadamente, y de conformidad a la normativa vigente, la amplia gama de competencias y potestades atribuidas a los organismos de regulación que se mencionan como objeto principal de este estudio, es decir, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad y el Ente Nacional Regulador del Gas.

3. LAS CUATRO FUNCIONES ESENCIALES DE LOS ENTES REGULADORES

Sin perjuicio de las discrepancias doctrinarias sobre lo que los entes reguladores deben ser - y hacer -, posturas que analizadas más arriba, es posible distinguir algunas funciones que hacen a la naturaleza misma de la actividad regulatoria, es decir, funciones que de no existir, por no haber sido otorgadas expresamente o por ser desconocidas desde los ámbitos políticos y jurisprudenciales, impedirían a un verdadero organismo de regulación cumplir con sus cometidos esenciales, al punto de convertirlo en un organismo administrativo más, que, modestamente y con mucho esfuerzo, solo podría llegar a reali-

zar algunas acciones de control e inspección respecto del cumplimiento, por parte de los sujetos bajo su ámbito de actuación, de las pautas establecidas en el orden jurídico vigente, pero que nunca alcanzaría a desarrollar acciones orientadas a asegurar y fortalecer la calidad y eficiencia de las prestaciones, la defensa de la competencia, la resolución de controversias o el dictado de reglas técnicas complementarias, entre otras.

De alguna manera, un organismo de éste tipo cumpliría un rol complementario y secundario, algo así como un observador más del mercado, con facultades para obtener información, muy limitada por cierto, de sus actores.

Por ello, existen, desde el punto de vista del orden jurídico, cuatro funciones que no podrían desconocerse en ningún caso, mientras subsista la voluntad de tener verdaderos organismos de regulación y no meros observadores del mercado. En adelante se enumeran dichas funciones, al tiempo que se realizan breves referencias normativas respecto del tratamiento que las mismas tienen en las leyes y reglamentaciones de creación de nuestros principales objeto de estudio, es decir, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E.) y el Ente Nacional Regulador del Gas (E.Na.R.GAS).

a) Función de contralor

Los entes reguladores tienen a su cargo el control de cumplimiento de los objetivos generales del sistema, en tal sentido, tanto la Ley 24.065⁸³⁵ - marco regulatorio del transporte y distribución de

⁸³⁵ Establece la Ley 24.065, en su artículo 2º, lo siguiente: "Fijanse los siguientes objetivos para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad: a) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios; b) Promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo; c) Promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad; d) Regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los

electricidad - como la Ley 24.076⁸³⁶ - marco regulatorio del transporte y distribución de gas natural -, ponen en cabeza del Ente Nacional Regulador de la Electricidad y del Ente Nacional Regulador del Gas, respectivamente, la función de controlar que los prestadores, los usuarios y cualquier tercero interesado pueda ejercer libremente sus derechos y que cumpla con las obligaciones que el sistema le impone⁸³⁷.

El control de las prestaciones consiste esencialmente en una tarea de fiscalización y constatación, pero por las características del ser-

servicios sean justas y razonables; e) Incentivar el abastecimiento, transporte, distribución y uso eficiente de la electricidad fijando metodologías tarifarias apropiadas; f) Alentar la realización de inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible.

Asimismo, dispone la norma transcrita que “el Ente Nacional Regulador de la Electricidad que se crea en el Artículo 54 de la presente ley, sujetará su accionar a los principios y disposiciones de la presente norma, y deberá controlar que la actividad del sector eléctrico se ajuste a los mismos”.

⁸³⁶ Al respecto, la Ley 24.076, en su artículo 2° dispone lo siguiente: “Fijanse los siguientes objetivos para la regulación del transporte y distribución del gas natural. Los mismos serán ejecutados y controlados por el Ente Nacional Regulador del Gas que se crea por el artículo 50 de la presente ley: a) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores; b) Promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda de gas natural, y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo; c) Propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural; d) Regular las actividades del transporte y distribución de gas natural, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la presente ley; e) Incentivar la eficiencia en el transporte, almacenamiento, distribución y uso del gas natural; f) Incentivar el uso racional del gas natural, velando por la adecuada protección del medio ambiente; g) Propender a que el precio de suministro de gas natural a la industria sea equivalente a los que rigen internacionalmente en países con similar dotación de recursos y condiciones.

⁸³⁷ Ambas leyes agregan, al establecer las atribuciones de los entes reguladores mencionados, que los mismos deberán hacer cumplir las normas legales, su reglamentación y disposiciones complementarias, controlando la prestación de los servicios y el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los contratos de concesión.

vicio bajo regulación⁸³⁸ y las demás funciones encomendadas a los entes reguladores - que son analizadas más adelante -, también justifican que dicho control se convierta en una posición de mando, preponderancia y dominio sobre el sujeto controlado, dando lugar así a una orden para que se haga o se deje de hacer determinada cosa⁸³⁹.

b) Función de reglamentación

Las potestades creadas a favor del ente regulador le permiten reglamentar distintos aspectos del servicio, y sus límites están básicamente en las normas constitucionales, legales y contractuales vigentes, ello sin perjuicio de la potestad que el regulador posee para cubrir vacíos legales, dar operatividad, interpretar, aclarar, y en su caso, ajustar, normativas que no se adecuen los a principios y normas de la misma Constitución de donde surgen sus potestades⁸⁴⁰. Esto es lo que se ha llamado potestad reglamentaria.

Al respecto, ambas leyes de creación de los entes reguladores bajo estudio establecen con cierta amplitud las potestades reglamentarias a favor de los mismos, aunque del texto y del espíritu de tales normas, y especialmente de sus reglamentaciones, surge también la intención de cuidar que dicha potestad reglamentaria no se ejerza en

⁸³⁸ Nos referimos a la estrecha vinculación entre el bien común y la buena marcha del servicio público.

⁸³⁹ Por ejemplo, se produce con frecuencia que los inspectores del ente regulador, durante el desarrollo de tareas de fiscalización sobre determinadas instalaciones de un prestador, detectan que las condiciones de las mismas significan un riesgo para la integridad de cosa y personas ajenas al servicio, motivo que justifica una orden del controlante al controlado para que inmediatamente realice los trabajos necesarios que eliminen tal riesgo, invocando para ello su deber de custodiar y velar por la seguridad pública.

⁸⁴⁰ El regulador puede y debe dictar, derogar o modificar normas sobre calidad técnica, también en materia tarifaria cuando los valores no respondan al principio de justicia y razonabilidad, disponer y exigir expansiones, requerir ciertos formatos y condiciones a la información contable que le envían los prestarios y también dictar nuevas normas y adecuar normas vigentes respecto de los usuarios de los servicios.

detrimento de las normas de superior jerarquía ni que impliquen anular o reemplazar las potestades de idéntica naturaleza que la misma Constitución Nacional prevé a favor del Poder Ejecutivo⁸⁴¹.

En éste sentido, y con las limitaciones señaladas, la Ley 24.065 establece la potestad de dictar reglamentaciones a favor del E.N.R.E., “potestad” que, si bien no puede orientarse a la creación de deberes y derechos sobre aspectos de fondo, ni contradecir normas emitidas por el Congreso de la Nación o el Poder Ejecutivo, adquiere trascendencia especial en lo que hace a la determinación de las formas y procedimientos que deben cumplirse al momento de ejercer tales derechos y obligaciones de fondo.

En este sentido, el E.N.R.E. posee potestades reglamentarias respecto de los aspectos procedimentales y formales para la propuesta, debate, análisis y aprobación de los cuadros tarifarios⁸⁴², también en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de acceso a inmuebles de terceros y de calidad de los servicios prestados⁸⁴³ y, en gene-

⁸⁴¹ Especialmente las derivadas de los artículos 76° y 99°, inciso 2° de la Constitución Nacional y de la Ley Nacional 26.122, norma reglamentaria del primero de los artículos citados y de otras normas constitucionales.

⁸⁴² Establece artículo 45° de la Ley 24.065 que “Los transportistas y distribuidores, dentro del último año del período indicado en el artículo 43 de esta ley, y con sujeción a la reglamentación que dicte el ente, deberán solicitarle la aprobación de los cuadros tarifarios que respondan a lo establecido en el artículo 42 que se proponen aplicar, indicando las modalidades, tasas y demás cargos que correspondan a cada tipo de servicio, así como las clasificaciones de sus usuarios y las condiciones generales del servicio. Dichos cuadros tarifarios, luego de su aprobación, deberán ser ampliamente difundidos para su debido conocimiento por parte de los usuarios”.

⁸⁴³ Al respecto, expresa el legislador en la norma bajo estudio que “El ente (E.N.R.E.) tendrá las siguientes funciones y facultades: b) Dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse los productores, transportistas, distribuidores y usuarios de electricidad en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de acceso a inmuebles de terceros y de calidad de los servicios prestados” (ver artículo 56°).

ral, respecto del ejercicio de otras atribuciones y obligaciones que se le han encomendado, como ser la aplicación de sanciones y la dirección de las denominadas “audiencias públicas”⁸⁴⁴.

Igualmente, el Decreto reglamentario de la Ley bajo análisis, autoriza y encomienda al E.N.R.E. la facultad – deber de fijar criterios para el ejercicio del derecho de libre acceso a las instalaciones⁸⁴⁵ y para dictar las normas técnicas sobre las especificaciones mínimas de calidad de la “energía” que se coloque en el sistema de transporte y/o de distribución⁸⁴⁶.

Respecto del E.Na.R.GAS, la Ley 24.076 lo autoriza a reglamentar el modo en que los transportistas y distribuidores deben registrar los cuadros tarifarios que se proponen aplicar⁸⁴⁷, al tiempo que le encomienda el dictado de los reglamentos pertinentes en “materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores de interrupción y reconexión de los suministros, de escape de gas, de acceso a inmuebles de terceros, calidad del gas y odorización” y respecto de los “planes y procedimientos para el mantenimiento en buenas condiciones de los bienes afectados al servicio”⁸⁴⁸. Así como también las normas de procedimiento con sujeción a las cuales se realizarán las

⁸⁴⁴ Así lo dispone el artículo 56° de la Ley 24.065, al incluir entre las funciones y facultades del E.N.R.E. la de “Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso” (inciso m). Más adelante, establece la misma Ley bajo estudio que “El ente dictará las normas de procedimiento con sujeción a las cuales se realizarán las audiencias públicas y se aplicarán las sanciones previstas en este capítulo debiéndose asegurar en todos los casos el cumplimiento de los principios del debido proceso” (artículo 81°).

⁸⁴⁵ Cfr. Decreto 1738/92, artículo 22°

⁸⁴⁶ *Ibid.*, Artículo 26°.

⁸⁴⁷ Ver y ampliar en Ley 24.076, Artículo 44°.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, Artículo 56°, incisos b y c.

audiencias públicas y se aplicarán las sanciones previstas en el marco regulatorio⁸⁴⁹.

c) Función de aplicación de sanciones

Como consecuencia de la actividad de contralor que se analizará más arriba, al ente regulador se le encomendó la aplicación de las sanciones correspondientes, cuando lo actuado por los prestatarios de los servicios regulados no se corresponda con lo que ordenan las normas legales, reglamentarias o contractuales, incluyendo las reglamentaciones dictadas por el mismo “ente regulador” en ejercicio de las competencias encomendadas. Esto es lo que se ha nominado como potestad sancionatoria⁸⁵⁰.

Existen sistemas en los cuales el regulador ejerce la función de aplicación de sanciones de manera mayoritariamente reglada, en virtud de que los marcos regulatorios, y dentro de ellos especialmente las cláusulas contractuales, establecen con detenimiento las distintas fallas posibles y los máximos y mínimos de las sanciones a que puede recurrir el ente regulador, como castigo.

En otros sistemas, por el contrario, las normativas legales, reglamentarias y contractuales dejan un amplio margen de discrecionalidad a favor del ente regulador, a la hora de evaluar la falta cometida por el prestatario regulado y aplicar determinado tipo de sanción (apercibimiento, multa e incluso la rescisión del contrato). Tales sistemas suelen indicar los elementos y circunstancias que deben ser tenidos en cuenta por el sujeto regulador para medir la sanción a

⁸⁴⁹ *Ibid.*, Artículo 73°.

⁸⁵⁰ En tal sentido, encomienda al E.Na.R.Gas la Ley 24.076, en su artículo 52°, “aplicar las sanciones previstas en la ley 17.319, en la presente ley y en sus reglamentaciones y en los términos de las habilitaciones, respetando en todos los casos los principios del debido proceso” y hace lo mismo con el E.N.R.E. la Ley 24.065, al encomendarle en su artículo 56° “aplicar las sanciones previstas en la presente ley, en sus reglamentaciones y en los contratos de concesión, respetando en todos los casos los principios del debido proceso”.

aplicar (grado de reincidencia, magnitud de los daños provocados y comportamiento del prestatario antes y después de la falta cometida, procurando atenuar sus consecuencias, entre otros aspectos).

d) Función de resolución de conflictos o “arbitral”

También el ente regulador debe atender las eventuales controversias que pudieran surgir entre los distintos actores de las actividades bajo regulación, sea que las mismas se produzcan entre prestatarios o entre estos y los usuarios, así como también debe resolver los conflictos que se susciten entre los prestadores y los usuarios con terceros interesados, sea que se traten, estos últimos, de personas públicas o privadas, estatales o no estatales⁸⁵¹.

No corresponde ahora extenderse demasiado sobre esta función, pues al inicio de este estudio le hemos dedicado todo el tiempo y el espacio necesario⁸⁵². No obstante ello, y sin perjuicio de lo allí expresado, se realiza, a continuación, un repaso general y una síntesis sobre las conclusiones a que se llegara en la oportunidad señalada.

La resolución de controversias a cargo de los entes reguladores, que ha generado un intenso debate doctrinario⁸⁵³ y jurispruden-

⁸⁵¹ Así por ejemplo, se han presentado ante los entes reguladores conflictos suscitados entre municipios y prestatarios de servicios, con motivo de confusiones dominiales, por las realizaciones de obras o, incluso, por problemas de pago de los servicios. Así también, se suscitan con frecuencia, y se presentan ante el “regulador” para su resolución, conflictos entre grupos de usuarios actuales y potenciales, cuando estos últimos pretenden acceder por la fuerza, o no, a las instalaciones.

⁸⁵² La normativa sobre el tema, que surge de las leyes 24.065 y 24.076 - y sus normas reglamentarias -, ha sido transcripta y analizada en el presente trabajo.

⁸⁵³ Entre muchos otros que enriquecen el debate y construyen valiosas posturas que coadyuvan a aclarar el panorama citamos a CASSAGNE, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”)...”, *passim*, BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I, especialmente capítulo III y ss., Pedro ABERASTURY, “La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos”, en *Revista Jurisprudencia Argentina. Número Especial 2005 - III. El Caso Ángel Estrada...*, página 3, AGUILAR VALDEZ, “El ac-

cial⁸⁵⁴, debido, según nuestro criterio fundado más arriba, a la errónea e injustificable pretensión de calificarla como “función jurisdiccional”, no es otra cosa que un instrumento más que el regulador utiliza para cumplir sus fines, pero siempre como un órgano administrativo en ejercicio de la función administrativa, que debe procurar respecto de las prestaciones un grado óptimo de desarrollo y niveles adecuados de calidad y eficiencia.

Por ello, se ha optado en este trabajo denominar esta función como de “resolución de conflictos” o “función arbitral” y limitar los alcances de su ejercicio a las controversias derivadas del servicio y para cuya resolución es suficiente con aplicar el derecho que surge del marco regulatorio del mismo, es decir, las leyes, sus reglamentaciones y los contratos respectivos.

Respecto del tipo de controversias que deben ser resueltas por el ente regulador, se ha destacado que⁸⁵⁵, en la medida que cumpla con los parámetros o requerimientos básicos mencionados más arriba⁸⁵⁶, no debe ser motivo de limitaciones a la intervención del organismo bajo estudio las “características”, “origen” o “naturaleza jurídica” de las personas involucradas en el conflicto cuya resolución se requiere.

En este sentido, y como conclusión del análisis realizado sobre la normativa y jurisprudencia vigente, el regulador trata sobre la resolu-

to administrativo regulatorio...”, página 433. Sin perjuicio de sus valiosos trabajos doctrinarios, y tal como lo destacáramos más arriba, SARMIENTO GARCÍA, a través de disertaciones y columnas de opinión en el Foro de Cuyo (www.forodecuyo.com), se erige paulatinamente en uno de los más solventes autores que no solo niegan a los entes reguladores facultades jurisdiccionales sino que además le atribuyen una naturaleza jurídica acotada, calificándolos como meros organismos de contralor.

⁸⁵⁴ Nos remitimos al profundo análisis que realizamos más arriba sobre el fallo Estrada y su doctrina.

⁸⁵⁵ Cfr. Daniel M. NALLAR, “El alcance de las competencias de los entes regulatorios (con especial referencia a la función jurisdiccional)”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N° 44, página 44.

⁸⁵⁶ Que derive del servicio y que para resolverse deba aplicarse alguna norma del marco regulatorio.

ción de conflictos suscitados entre prestatarios de un mismo servicio - ya sea entre agentes de un mismo sector o de distintos sectores -, pero también debe actuar y resolver si la controversia presentada lo es entre prestatarios de distintos servicios⁸⁵⁷. En éste último caso, de existir dos organismos de regulación con competencia sobre el asunto, debería buscarse o intentarse una resolución conjunta y, de no ser posible evitar la diversidad de opiniones, debería ser resuelta por la justicia.

Del mismo modo, el ente regulador deberá atender conflictos suscitados entre prestatarios y usuarios actuales o potenciales, pero también de usuarios actuales y potenciales entre sí o entre usuarios de un mismo tipo, entre prestatarios y entidades públicas estatales o no estatales y, finalmente, entre las entidades mencionadas en último término y los usuarios actuales o potenciales⁸⁵⁸.

Sin embargo, aún cuando se ha considerado errado atribuir a los organismos administrativos, especialmente a los entes reguladores, “funciones de naturaleza jurisdiccional”, a nuestro criterio los argumentos que la doctrina ha utilizado para justificar que tales organismos resuelvan controversias entre particulares son válidos desde el punto de vista práctico. Es decir, sin que ello implique atribuir a los entes reguladores naturaleza de “tribunales administrativos” - ni calificar a sus funciones como “jurisdiccionales” -, es válido atender los motivos por los cuales parte de la doctrina ha considerado oportuno permitir a organismos administrativos ocuparse específicamente de la resolución de algunas controversias.

En tal sentido, para MAIRAL⁸⁵⁹ son numerosas las razones que justifican atribuir o encomendar la resolución de controversias a or-

⁸⁵⁷ Cfr. NALLAR, “El alcance de las competencias de los entes regulatorios (con especial referencia a la función jurisdiccional)...”, página 62.

⁸⁵⁸ Para un desarrollo más específico de los casos, sugerimos la lectura de NALLAR, “El alcance de las competencias de los entes regulatorios (con especial referencia a la función jurisdiccional)...”, *passim*.

⁸⁵⁹ Cfr. Héctor A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, volumen I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, página 437.

ganismos administrativos, entre las cuales menciona algunas que derivan de la especialización técnica que requiere la materia para adoptar la decisión correcta⁸⁶⁰, otras por la necesidad de otorgar celeridad a la resolución de ciertos casos menores que no necesitan para ser resueltos las características de un proceso judicial⁸⁶¹ y finalmente se refiere el autor que seguimos a “... la conveniencia de mantener unidas la potestad de ejecutar la ley con la de resolver las controversias que esa ejecución suscita para, por una parte, aprovechar la experiencia del organismo en la evaluación de la conducta presuntamente infractora y, por la otra, armonizar el ritmo de la decisión de esas controversias con la implementación de la política oficial sobre el tema”⁸⁶².

Pues bien, las controversias entre agentes de un mercado donde se desarrollan actividades sujetas a un régimen especial de servicio público, participan de todas las características mencionadas, pues contienen una gran complejidad desde el punto de vista técnico, precisan celeridad sin necesidad de sujetarse a demasiados formalismos procesales, a los efectos de la seguridad jurídica deben uniformarse las decisiones bajo principios generales y existe una relación inevitable y respetable entre la resolución de cada conflicto y la política de Estado sobre la materia.

⁸⁶⁰ Menciona Mairal especialmente “... carácter eminentemente técnico de ciertos problemas que obligan a integrar el tribunal (sic) con personas idóneas en la materia a más de letrados...” (*Ibid.*, página 438).

⁸⁶¹ Al respecto, el autor que seguimos agrega como motivo de existencia de “tribunales administrativos”, “... el gran número de controversias que suscita la aplicación de ciertas leyes de policía o la implementación oficial de programas como los de seguridad social, controversias que no justifican el tratamiento formal y las consiguientes demoras de un proceso judicial...” (*ibidem*).

⁸⁶² *Ibid.*, página 438/9.

4. LAS DEMÁS FUNCIONES OTORGADAS Y AÚN NO RECONOCIDAS NI EJERCIDAS EN PLENITUD

Hasta aquí se han enumerado las funciones elementales de los entes reguladores bajo análisis, pero advertimos que no son las únicas, pues justamente ambos organismos han recibido en nuestro orden jurídico funciones mucho más específicas y que, por cierto, no han sido hasta el momento advertidas, al menos no abiertamente, ni analizadas con la profundidad que merecen, por su importancia y trascendencia sobre el ejercicio de la función de regulación y los servicios regulados.

Se trata, en definitiva, como se presentará en adelante, de funciones que no serían jamás aceptadas por las posturas restrictivas de la “función regulatoria”, es decir, aquellas que identifican la regulación con el contralor de las prestaciones, limitándola a ésta última, o las que, “bajo protesto”, aceptan la menor cantidad de sub-funciones posibles, especialmente las que excedan las analizadas más arriba.

No obstante ello, las demás “funciones” que surgen de las normas de creación de los entes reguladores bajo análisis, y que estudiaremos a continuación, no son menos importantes y trascendentes que las funciones que fueran calificadas como “esenciales”, pues si bien su ejercicio podría ser encomendado a organismos de la administración central o a otros entes descentralizados, han sido atribuidas a las instituciones de regulación y constituyen instrumentos fundamentales al momento de bregar por la calidad y eficiencia de los servicios, el desarrollo de la infraestructura, las características técnicas, económicas y societarias de los prestadores y otros aspectos primordiales vinculados, por ejemplo, con el dominio público.

De modo que, tanto el E.N.R.E. como el E.Na.R.Gas han recibido un mandato legal que no solo se extiende mucho más allá de un mero rol de “controladores” sino que superan también las demás funciones esenciales que hemos analizado, es decir, las potestades reglamentarias, sancionatorias y jurisdiccionales.

Esas funciones, tan poco mencionadas por la doctrina, son también escasamente – o limitadamente – ejercidas por los mismos “entes reguladores” y forzosamente reconocidas por la administración central “de turno”, incluyen o involucran potestades respecto de la planificación de los servicios bajo regulación, la reglamentación, juzgamiento y otorgamiento de nuevas habilitaciones o renovación y prórroga de las existentes, criterios de accesibilidad a los sistemas existentes, seguridad pública, prevención, juzgamiento y sanción de conductas anticompetitivas y limitaciones de naturaleza empresarias o societarias. A cada una de ellas nos referiremos en adelante.

a) Función de planificación sobre los servicios

Establece la Ley 24.065, aún antes del articulado que diera nacimiento al E.N.R.E., que “ningún transportista o distribuidor podrá comenzar la construcción y/u operación de instalaciones de la magnitud que precise la calificación del ente, ni la extensión o ampliación de las existentes, sin obtener de aquél un certificado que acredite la conveniencia y necesidad pública de dicha construcción, extensión o ampliación”⁸⁶³.

Como es fácil de advertir, la atribución de una facultad como la descrita en la norma, implica la participación exclusiva y excluyente del E.N.R.E. – al menos en una primera instancia administrativa – sobre una materia que se desenvuelve en un ámbito más cercano a funciones de “planificación” sobre el mercado de transporte y distribución de electricidad que de contralor y regulación sobre el servicio mismo.

La función involucra también la realización de audiencias públicas, a los efectos de analizar con la correspondiente participación de todos los interesados la eventual suspensión, y aplicación de las sanciones correspondientes, en virtud del inicio de construcciones u

⁸⁶³ Ver, en la Ley citada, el Artículo 11°.

operaciones de instalaciones que carecen del “*certificado de conveniencia y utilidad pública*”⁸⁶⁴. Entre las razones que autorizan al E.N.R.E. a suspender la construcción o ampliación de las instalaciones de un transportista o distribuidor, se mencionan la interferencia o amenaza de interferencia sobre el servicio o sistema correspondiente a otro transportista o distribuidor⁸⁶⁵.

En un sentido similar, la Ley 24.065 encomienda al E.N.R.E. aprobar previamente, o autorizar, el “abandono total o parcial de instalaciones por parte de algún transportista o distribuidor”, a los efectos de constatar que “las instalaciones o servicios a ser abandonados no resultan necesarios para el servicio público en el presente ni en un futuro previsible”⁸⁶⁶.

En definitiva, el E.N.R.E. tiene la función legalmente establecida de declarar en determinados casos la “conveniencia, necesidad y utilidad general de los servicios de transporte y distribución de electricidad”, advirtiéndose además, que la función de avalar y aprobar los cuadros y valores tarifarios que aplican y renuevan periódicamente los prestadores, se considera vinculada a la conveniencia, necesidad y utilidad general del servicio de distribución de electricidad⁸⁶⁷.

En el caso del E.Na.R.Gas, la Ley de su creación además de repetir las funciones encomendadas al E.N.R.E., aclara que se incluyen entre las obras que necesitan previa autorización del ente para su inicio aquellas que se encuentren previstas en el cronograma de inversiones de la habilitación, aún cuando, en éste caso corresponderá su ejecución al respectivo prestador en los plazos y condiciones que la habilitación estipule⁸⁶⁸.

El E.Na.R.Gas también está facultado para disponer que la ejecución y/u operación de una obra sea efectuada por el prestador o

⁸⁶⁴ Cfr. Ley 24.065, artículo 12°.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, artículo 13°.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, artículo 14°.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, artículo 74° y Decreto reglamentario.

⁸⁶⁸ Cfr. Ley 24.076, artículo 16°, inciso a.

por el tercero interesado, atendiendo al criterio de mayor conveniencia para el usuario final, para determinar las condiciones bajo las que podrá ordenar la realización de las obras⁸⁶⁹.

En materia tarifaria, la Ley 24.076 reconoce al E.Na.R.Gas la función de llevar adelante una verdadera “*política tarifaria*”, la cual se cumple al fijar el ente las normas a las que deberán ajustarse los prestadores de estos servicios, al evaluar sus registros de costos y/o contables a fin de identificar la incidencia de la marcha del negocio, la evolución de sus activos y pasivos, las inversiones realizadas, los criterios de amortización, la apropiación de los costos por actividad, zona y tipo de consumidores y todo otro aspecto que el ente estime necesario “*para una regulación adecuada al carácter de interés general de las actividades que se desarrollen*”⁸⁷⁰.

En lo que hace a la expansión del sistema, ambos entes reguladores bajo estudio, participan activamente - y en algunos casos con exclusión de cualquier otro organismo estatal -, “calificando” las obras que requieren su intervención previa y emitiendo el correspondiente “certificado”, el cual acredita no sólo la necesidad de su construcción sino también su compatibilidad con el sistema existente y el cumplimiento de la normativa medio ambiental.

Igualmente destacable, como sustento de la función de planificación atribuida al E.N.R.E. y al E.Na.R.Gas, es la estrecha vinculación existente entre los estudios y opiniones derivados de las tareas atribuidas a los mismos, que se analizan en el presente título, y el otorgamiento de las licencia y demás habilitaciones para la operación y mantenimiento de los sistemas⁸⁷¹, aspecto que analizamos particularmente a continuación.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, artículo 17°.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, artículo 45°.

⁸⁷¹ Cfr. Decreto 1398/92, artículo 45° y sus remisiones. Ver al respecto lo que se establece en el artículo 3° de la Ley 24.065.

- b) Función de análisis y decisión sobre prórrogas de habilitaciones vigentes y habilitación de nuevas concesiones

Si bien la Ley 24.065 establece que “El transporte y la distribución de electricidad sólo podrán ser realizados por empresas a las que el *Poder Ejecutivo* les haya otorgado una concesión...” y que “las concesiones serán adjudicadas de conformidad con procedimientos de selección preestablecidos por la Secretaría de Energía”⁸⁷², prevé también, la mencionada norma legal, que los transportistas y distribuidores tendrán derecho a requerir del E.N.R.E. la prórroga por un período de 10 años, o el otorgamiento de una nueva concesión, agregándose que, dentro de un plazo determinado, el E.N.R.E. resolverá fundadamente, sobre el otorgamiento o no de la prórroga o la negociación de una nueva concesión⁸⁷³.

A criterio del E.N.R.E., prosigue la norma legal citada, si la prórroga no fuera otorgada y tampoco considerase positivo una nueva concesión al prestador (concesionario) existente, el organismo regulador debe iniciar un nuevo procedimiento de selección dentro de un plazo de 30 días para adjudicar los servicios de transporte o distribución en cuestión.

En igual sentido, agrega la Ley 24.065, que para el caso de que la nueva concesión no pudiese ser otorgada antes de la finalización de la anterior concesión, el E.N.R.E. puede requerir a su titular la continuación del servicio por un plazo no mayor a 12 meses contados a partir de la fecha original de finalización de la concesión anterior⁸⁷⁴.

En sentido concordante con lo establecido en los artículos referidos, al momento de determinar las funciones y facultades del E.N.R.E., la Ley 24.065 menciona, entre otras, las de determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de concesiones de transporte y distribución de electricidad mediante procedimientos

⁸⁷² Vid. Ley 24.065, artículo 50°.

⁸⁷³ *Ibid.*, artículo 51°.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, artículos 52° y 53°.

públicos o privados - cuando razones especiales debidamente acreditadas así lo justifiquen -, llamar a participar en procedimientos de selección y efectuar las adjudicaciones correspondientes, firmando el contrato de concesión ad referendum del Poder Ejecutivo y propiciar ante el Poder Ejecutivo, cuando corresponda, la cesión, prórroga, caducidad o reemplazo de concesiones⁸⁷⁵.

Sin embargo, contrariando el espíritu y la letra de la Ley 24.065, por lo que adolece de una dudosa validez constitucional, el Decreto del Poder Ejecutivo reglamentario de la misma, modifica sustancialmente el procedimiento para el otorgamiento de prórrogas y de nuevas concesiones, al disponer que el E.N.R.E. sólo debe analizar los pedidos de prórrogas o nuevas concesiones y proponer a la Secretaría de Energía su eventual otorgamiento o denegatoria o incluso la renegociación de una nueva concesión. De resolver la mencionada Secretaría dar curso favorable a lo propuesto por el E.N.R.E., elevará las actuaciones al Poder Ejecutivo para su aprobación respectiva⁸⁷⁶.

Conforme la modificación que el Decreto reglamentario realiza respecto de la Ley 24.065, el E.N.R.E. debe someter a la Secretaría de Energía su denegatoria de prórroga o de otorgamiento de una nueva concesión y sólo podrá iniciar el procedimiento de selección de un nuevo concesionario, dentro de las pautas y procedimientos que determine tal Secretaría.

Cumplido el procedimiento de selección, el E.N.R.E. remite a la Secretaría de Energía la propuesta de adjudicación resultante del nuevo proceso de selección, la cual lo elevará, con su conformidad, al Poder Ejecutivo para el dictado del acto pertinente⁸⁷⁷.

Como puede advertirse, la Ley 24.065 otorga al E.N.R.E. facultades para decidir, con exclusión de cualquier otro organismo estatal, la prórroga de las concesiones, la negociación de una concesión, la determinación de las bases y condiciones para la licitación de nuevas

⁸⁷⁵ *Ibid.*, artículo 56°, incisos f), g) y h).

⁸⁷⁶ Cfr. Decreto 1398/92, artículo 51°.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, artículo 52°.

concesiones, la adjudicación de la misma e incluso está habilitado para suscribir el contrato con el prestador o concesionario, si bien dicha suscripción es “ad referéndum” del Poder Ejecutivo.

No es nuestra intención analizar la constitucionalidad de la norma reglamentaria que modifica lo que consideramos aspectos sustanciales de la Ley 24.065 - en lo que hace a las competencias del E.N.R.E. y sus alcances -, pero sí debemos advertir con énfasis que la modificación no es de menor importancia, pues provoca variaciones en parte de la política regulatoria manifestada por el Congreso de la Nación al momento de debatir y sancionar el marco regulatorio eléctrico, el cual, con manifiesta intención, procura depositar el ejercicio de las competencias analizadas en último término, en un ámbito de independencia y especialización - como debe ser el de los entes reguladores - y particularmente exento de las influencias derivadas de los avatares políticos a que, inevitablemente se encuentra expuesto el Gobierno de turno.

Más grave es aún la circunstancia de que la modificación realizada contradice la propia política del Poder Ejecutivo Nacional al momento de promulgar la Ley 24.065, pues la variación no surge de la norma de promulgación - lo que configuraría un supuesto de promulgación parcial - sino de la norma reglamentaria. Sin perjuicio de ello, aún cuando el Decreto reglamentario modifica tales procedimientos y funciones encomendadas al E.N.R.E., nos atrevemos a realizar dos reflexiones fundamentales en busca de aspectos positivos.

La primera reflexión se refiere a las dudas ya planteadas respecto de la constitucionalidad y legalidad del Decreto 1398/92, específicamente en lo atinente a las normas del mismo que modifican manifiestamente el texto y el espíritu de la Ley bajo reglamentación.

Al respecto, omitiremos ahondar sobre el tema, especialmente teniendo en cuenta la posibilidad de reconocer - con relativa certeza - que la cuestión podría haberse tornado abstracta, especialmente en el marco del posterior dictado de la Ley 25.561, en cuanto enco-

mienda al Poder Ejecutivo Nacional la renegociación de los contratos de concesión y licencia de servicios públicos esenciales.

La segunda reflexión es aún más trascendente a los objetivos del presente trabajo, pues corresponde tener en cuenta que aún cuando existe un Decreto que convierte la función legal de “otorgamiento”, “adjudicación” y suscripción del contrato”, atribuida al E.N.R.E., en una mera función de “asesoramiento” y “propuesta” y aún cuando la norma reglamentaria bajo estudio deposita la adopción de las decisiones finales, en todos los casos, en la Administración Central, es destacable también el manifiesto espíritu de proactividad con que la Ley de su creación trata al ente regulador, convirtiéndolo - más allá de sus funciones básicas de control -, en un verdadero “regulador” de las prestaciones, permitiéndole actuar como “negociador” en el otorgamiento de prórrogas respecto de las concesiones vigentes y de nuevas concesiones, así como también lo convierte en el “adjudicatario” y en la “contraparte” de los respectivos contratos que surgieren de tales prórrogas y nuevas habilitaciones⁸⁷⁸.

Por ello, aún cuando el E.N.R.E. asuma con llamativo “silencio” y “resignación” el acotamiento de las funciones - limitadas o recortadas respecto de la Ley de su creación, que el Decreto 1398/92 reglamenta -, y aún cuando el consentimiento legislativo surge implícito del tiempo transcurrido desde su dictado, el hecho de proponer o no las prórrogas de los contratos bajo regulación, y especialmente su participación - por cierto trascendental en la práctica - sobre las licitaciones para el otorgamiento de nuevas concesiones, muestran a las claras un regulador con importantes funciones de planificación y de adjudicación, que superan ampliamente las funciones básicas de control, adentrándose en el corazón de la noción de regulación que más arriba se esbozara. Y esto es una realidad legal que supera cualquier opinión doctrinaria o decisión judicial.

⁸⁷⁸ Tal carácter no se modifica por el hecho de que el contrato es suscripto por el E.N.R.E. “ad referéndum” del Poder Ejecutivo.

Respecto del E.Na.R.Gas, la Ley 24.076 contiene normas todavía mucho más amplias en lo que hace a las funciones relacionadas con la licitación y adjudicación de nuevas habilitaciones⁸⁷⁹, aún cuando también es cierto que, en lo atinente a las eventuales prórrogas de las habilitaciones vigentes, la normativa legal que regula las competencias del E.Na.R.Gas⁸⁸⁰, adopta básicamente las disposiciones del Decreto reglamentario N° 1398/92 -, norma, esta última, que anteriormente hemos analizado y descripto como portadora de un contenido más restrictivo que el de la Ley 24.065 respecto del E.N.R.E..

Esto denota, sin dudas, que durante el corto lapso de tiempo transcurrido entre la sanción de la Ley 24.065 y la que ahora se haya bajo comentario, el Gobierno de turno tuvo oportunidad - y la usó bastante bien - de imponer su postura ante el Congreso de la Nación.

En efecto, luego de especificar, la Ley 24.076, que el término "habilitación" comprenderá la concesión, la licencia y el permiso, y el término "prestador" comprenderá al concesionario, al licenciatario y

⁸⁷⁹ De manera genérica, sin perjuicio de la normativa específica que analizamos a continuación, establece la Ley 24.076, en su artículo 52° que "El Ente tendrá las siguientes funciones y facultades:... h) Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de habilitaciones de transporte y distribución de gas natural mediante licitación pública; i) Asistir al Poder Ejecutivo Nacional en las convocatorias a licitación pública y suscribir los contratos de concesión y determinar las condiciones de las demás habilitaciones ad referendum del mismo; j) Propiciar ante el Poder Ejecutivo Nacional cuando corresponda, la cesión, prórroga, caducidad o reemplazo de las concesiones".

⁸⁸⁰ Establece la Ley 24.076, en su artículo 6° que "Con una anterioridad no menor de dieciocho (18) meses a la fecha de finalización de una habilitación, el Ente Nacional Regulador del Gas, a pedido del prestador respectivo, llevará a cabo una evaluación de la prestación del servicio por el mismo a los efectos de proponer al Poder Ejecutivo Nacional la renovación de la habilitación por un período adicional de diez (10) años. A tal efecto se convocará a audiencia pública. En los textos de las habilitaciones se establecerán los recaudos que deberán cumplir los prestadores para tener derecho a la renovación. El Poder Ejecutivo Nacional resolverá dentro de los ciento veinte (120) días de recibida la propuesta del Ente Nacional Regulador del Gas".

al permisionario de tales habilitaciones⁸⁸¹, establece que - para el otorgamiento de nuevas habilitaciones por el vencimiento de las existentes -, es el E.Na.R.Gas quién debe establecer las normas de procedimiento y requisitos que se exigirán para la licitación⁸⁸² y convocar la misma para adjudicar los nuevos servicios⁸⁸³.

El Decreto reglamentario agrega a las funciones mencionadas que, para el caso de corresponder la declaración de caducidad de la habilitación, el E.Na.R.Gas deberá, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, la configuración de las tenencias accionarias en la sociedad habilitada y la protección del interés público, disponer que la licitación incluya la venta del paquete accionario mayoritario de la sociedad habilitada o, en su caso, incluir en la licitación los Activos Esenciales de la sociedad habilitada⁸⁸⁴.

También está facultado legalmente el E.Na.R.Gas para requerir al titular de la habilitación cuyo plazo de vigencia está cumpliéndose, la continuación del servicio por un plazo no mayor de 12 meses, que se cuentan a partir de la fecha original de finalización de la habilitación anterior. Es importante hacer notar que esta ampliación dispuesta por el ente regulador reviste carácter obligatorio para el prestador⁸⁸⁵.

⁸⁸¹ *Ibid.*, artículo 4°.

⁸⁸² Cfr. Decreto 1738/92, artículo 7°, inciso 1).

⁸⁸³ Al respecto, expresa con meridiana claridad la Ley 24.076 (en su artículo 7°) que “En todos los casos de extinción de la habilitación por cualquier causa, cuando no corresponda la renovación prevista en el artículo anterior, el Ente Nacional Regulador del Gas deberá convocar a licitación pública para adjudicar los servicios de transporte y distribución en cuestión, en el plazo de noventa (90) días”.

⁸⁸⁴ Cfr. Decreto 1738/92, artículo 7°, inciso 3).

⁸⁸⁵ En tal sentido, la Ley 24.076, en su artículo 8° establece que “...si la nueva habilitación no pudiese ser otorgada antes de la expiración de la habilitación precedente, el Ente Nacional Regulador del Gas podrá requerir al titular de esta última la continuación del servicio por un plazo no mayor de doce (12) meses, contados a partir de la fecha original de finalización de la habilitación anterior. Esta ampliación revestirá carácter obligatorio para el prestador.

En definitiva, respecto del organismo ahora bajo análisis, concurre una situación jurídica y, específicamente normativa, similar a la que describiéramos sobre el E.N.R.E., lo nos lleva a reflexionar nuevamente sobre la magnitud de las funciones encomendadas normativamente a ambos organismos, y, especialmente, respecto de la naturaleza de tales funciones, las cuales, en lo que hace a la planificación de los servicios y la intensa y trascendental participación durante los actos y procedimientos destinados a formalizar prórrogas de los contratos, nuevas habilitaciones y suscripciones de los contratos para la prestación de los servicios, implica un poder decisorio realmente trascendente y mucho más significativo que el poder derivado de las tareas básicas de control, sanción, resolución de conflictos y dictado de reglas técnicas.

c) Función de protección de la seguridad pública

Luego de encomendar a cualquier persona que opere, mantenga o utilice instalaciones destinadas a la prestación de los servicios de transporte y distribución de energía eléctrica y de gas natural, a realizar tales actividades “de forma que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública”, incluyendo a los “usuarios” de cada servicio, según mención expresa de la Ley 24.065⁸⁸⁶ y genérica de la Ley 24.076⁸⁸⁷, tanto el E.N.R.E. como el E.Na.R.Gas tienen encomen-

⁸⁸⁶ Ver al respecto el artículo 16° de la norma referida, en cuanto dispone que “Los generadores, transportistas, distribuidores y usuarios de electricidad están obligados a operar y mantener sus instalaciones y equipos en forma que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública, y a cumplir con los reglamentos y resoluciones que el ente emita a tal efecto. Dichas instalaciones y equipos estarán sujetos a la inspección, revisión y pruebas que periódicamente realizará el ente, el que tendrá, asimismo, facultades para ordenar la suspensión del servicio, la reparación o reemplazo de instalaciones y equipos, o cualquier otra medida tendiente a proteger la seguridad pública”.

⁸⁸⁷ Cfr. Ley 24.076, artículo 21 (“Los sujetos activos de la industria del gas natural están obligados a operar y mantener sus instalaciones y equipos en forma tal que no constituyan peligro para la seguridad pública, y a cumplir con los reglamentos y disposiciones del Ente Nacional Regulador del Gas. Dichas instala-

dada las “funciones y facultades” de velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública, en la construcción y operación de los sistemas de transporte y distribución.

Cabe advertir al respecto, que la función de resguardo o protección de la seguridad pública no se limita a las acciones operativas sino además a la construcción de las instalaciones, así como también corresponde destacar que el sujeto sobre el cual actúa el ente regulador en el ejercicio de esta función es “toda persona” que actúe, de un modo u otro, sobre los servicios, incluyendo terceros que no son ni prestatarios ni usuarios.

Es decir, se trata, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, de una competencia con alcances imposibles de imaginar y muy difícil de limitar o eximir, sin provocar en el “regulador” a cargo de su ejercicio, un riesgo cierto de asumir responsabilidades y responder ante eventuales perjuicios en contra de prestadores, usuarios y terceros, “por omisión” de cumplimiento de deberes expresamente encomendados.

La amplitud de las tareas encomendadas nos exime de realizar mayores análisis respecto de los alcances de las competencias de ambos organismos de regulación, sin perjuicio de destacar que la norma no establece limitación alguna, incluyendo bajo su zona de influencia tal cantidad de hechos y actos, que sería prácticamente imposibles de abarcarlos con amplitud y certeza en un comentario doctrinario.

d) Función de defensa de la competencia

Tanto la normativa vigente para los servicios públicos de transporte y distribución de energía eléctrica como de gas natural, encomiendan respectivamente al E.N.R.E. y al E.Na.R.Gas las funciones

ciones y equipos estarán sujetos a las inspecciones, revisiones y pruebas que periódicamente decida realizar el ente, el que tendrá también facultades para ordenar la suspensión del servicio y la reparación o reemplazo de instalaciones y equipos, o cualquier otra medida tendiente a proteger la seguridad pública”).

de prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y consumidores.

A esos efectos, ambos organismos están facultados para dictar resoluciones respecto de las conductas que se consideren contrarias a los principios de libre competencia o el abuso de situaciones derivadas de un monopolio natural o de una posición dominante en el mercado, debiendo “caracterizar - y fundamentar -, en cada caso en particular, si una situación configura o no un acto de competencia desleal o de abuso de una posición dominante en el mercado”⁸⁸⁸.

Un aspecto importante a tener en cuenta respecto de la función de defensa de la competencia que aquí analizamos, tiene que ver con la necesidad planteada más arriba de compatibilizar adecuadamente las acciones y los actos de los entes reguladores con los de otros organismos con similares competencias, como lo son aquellos

⁸⁸⁸ Establece la Ley 24.076, respecto del E.N.A.R.Gas las siguientes atribuciones referidas al tema planteado en el texto: “... Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y consumidores y dictar las instrucciones necesarias a los transportistas y distribuidores para asegurar el suministro de los servicios no interrumpibles” (cfr. artículo 52°, inciso d); “... el Ente Nacional Regulador del Gas, deberá convocar y realizar una audiencia pública, antes de dictar resolución...” respecto de “... conductas contrarias a los principios de libre competencia o el abuso de situaciones derivadas de un monopolio natural o de una posición dominante en el mercado” (Vid. Artículo 68, inciso d). Por su parte, la Ley 24.065 dispone respecto del E.N.R.E. lo siguiente: “Artículo 56.- El ente tendrá las siguientes funciones y facultades: c) Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios”; “Artículo 74.- El ente convocará a las partes y realizará una audiencia pública, antes de dictar resolución en las siguientes materias: b) Las conductas contrarias a los principios de libre competencia o el abuso de situaciones derivadas de un monopolio natural o de una posición dominante en el mercado” (ver también el decreto reglamentario, cuyo artículo 19 establece a favor del Ente Nacional Regulador de la Electricidad la facultad de “... caracterizar, en cada caso en particular, si una situación configura o no un acto de competencia desleal o de abuso de una posición dominante en el mercado”).

organismos centralizados o descentralizados cuyas funciones involucran, en general, la defensa de la competencia en los mercados.

- e) Función de contralor y decisión sobre las limitaciones legales a las composiciones societarias de los prestadores

La Ley 24.065 establece una serie de limitaciones cuyo objetivo final es evitar la concentración de empresas en la operación de los sistemas de transporte y distribución que pueda conducir o facilitar abusos de posición dominante en el mercado o competencia desleal.

En tal sentido, y a lo efectos de controlar y realizar las investigaciones pertinentes, se encomienda al E.N.R.E. el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes para que dos o más transportistas, o dos o más distribuidores, puedan – si así lo desean - consolidarse en un mismo grupo empresario, o fusionarse, y para que un transportista o distribuidor pueda adquirir la propiedad de acciones de otro transportista o distribuidor, respectivamente⁸⁸⁹.

Asimismo, la misma Ley establece que el E.N.R.E., luego de realizar las audiencias con interesados y las investigaciones que crea convenientes, otorgará o denegará la autorización teniendo en cuenta no sólo si existe violación a la normativa legal vigente sino también la posible afectación al servicio y al interés público⁸⁹⁰.

Respecto del E.Na.R.Gas, en este caso la legislación vigente es por cierto mucho más restrictiva en lo que hace a su intervención, priorizando la actuación del Poder Ejecutivo a través de los organis-

⁸⁸⁹ Establece la Ley 24.065 en su artículo 32, que “Sólo mediante la expresa autorización del ente dos o más transportistas, o dos o más distribuidores, podrán consolidarse en un mismo grupo empresario o fusionarse. También será necesaria dicha autorización para que un transportista o distribuidor pueda adquirir la propiedad de acciones de otro transportista o distribuidor, respectivamente. El pedido de autorización deberá ser formulado al ente, indicando las partes involucradas, una descripción del acuerdo cuya aprobación se solicita, el motivo del mismo y toda otra información que para resolver pueda requerir el ente”.

⁸⁹⁰ Artículo 32°, in fine.

mos correspondientes⁸⁹¹. No obstante ello, el E.Na.R.Gas debe tomar conocimiento de las transacciones empresarias que pudieran afectar las limitaciones legales⁸⁹².

f) Función de control, reglamentación y decisión sobre la accesibilidad a los servicios y las instalaciones.

Respecto de las condiciones de accesibilidad a los servicios e instalaciones que operan los transportistas y distribuidores de gas natural y de energía eléctrica, las leyes 24.065 y 24.076 establecen a favor del E.N.R.E. y del ENa.R.Gas, respectivamente, funciones que exceden con holgura las tareas básicas referidas tanto al contralor y sanción como a las funciones de resolución de controversias – o “arbitral” - y reglamentarias.

En este sentido, la Ley 24.076 encomienda al ENa.R.Gas determinar las ventajas o preferencias que transportistas y distribuidores pueden ofrecer en el acceso a sus instalaciones⁸⁹³ y establecer los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios⁸⁹⁴. Casi idénticas previsiones se encuentran en la Ley 24.065 respecto del E.N.R.E.⁸⁹⁵.

Sólo resta destacar, al respecto, que no se trata de una función de menor importancia, pues no sólo hace a la competencia en la prestación del servicio y entre prestadores autorizados, sino, funda-

⁸⁹¹ Ver al respecto el artículo 34° de la Ley 24.076 y las normas reglamentarias que surgen del Decreto 1738/92 y sus normativas complementarias.

⁸⁹² Ver artículo 34°, inciso 4 del Decreto 1738/92.

⁸⁹³ Así lo expresa el Artículo 27 de la Ley bajo estudio, al establecer que “... ningún transportista o distribuidor podrá otorgar ni ofrecer ventajas o preferencias en el acceso a sus instalaciones excepto las que puedan fundarse en diferencias concretas que pueda determinar el Ente Nacional Regulador del Gas”.

⁸⁹⁴ Cfr. Ley 24.076, artículo 52 (“El Ente tendrá las siguientes funciones y facultades:... g) Publicar los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios”).

⁸⁹⁵ Ver Ley 24.065, artículos 22° y 56°, inciso e.

mentalmente, involucra el acceso de nuevos prestadores, y no sólo les atribuye el dictado de normas técnicas sino también la determinación y fijación de “principios generales” sobre la materia.

g) Función dominial

Ambos organismos, el E.N.R.E. y el E.Na.R.Gas, son dotados en las leyes de su creación de funciones y facultades para autorizar las servidumbres de electroducto⁸⁹⁶ y servidumbres de paso⁸⁹⁷.

Tales funciones pueden ser de mayor o menor trascendencia y significancia, dependiendo de la magnitud de las obras en ejecución y de los derechos afectados, pero, sin dudas también, se trata de funciones que exceden con creces las derivadas de una actividad acotada al control y sanción, incluso a la resolución de conflictos.

Por otra parte, tal como se advirtiera más arriba, los entes reguladores también fueron encomendados para decidir cuándo y cómo puede un prestatario privado abandonar instalaciones que ya no se utilizarán para las prestaciones, sea porque su grado de deterioro obliga a sacarlas de servicio o sea porque se realizaron innovaciones tecnológicas que derivaron en la compra de instalaciones más eficientes y económicas.

Finalmente, los entes reguladores tienen una participación fundamental a la hora de decidir la conveniencia y procedencia de realizar expropiaciones a los efectos de desarrollar obras e inversiones previstas en los planes aprobados periódicamente o cuya necesidad fuese fruto de una situación no prevista en los contratos.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, artículo 56°, inciso i).

⁸⁹⁷ Cfr. Ley 24.076, artículo 52°, inciso k).

4. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

El Ente Nacional Regulador de la Electricidad y el Ente Nacional Regulador del Gas son organismos que actúan en el marco de un amplio campo de competencias, habiendo sido investidos de numerosas atribuciones y deberes, cuya enumeración legal culmina expresando que deben hacer “todo lo necesario” y conveniente orientado a una más eficiente y continua prestación de los servicios públicos esenciales.

Para el correcto ejercicio de tales facultades, conforme surge expresamente de las normas de su creación - dejando de lado las opiniones y tendencias doctrinarias -, además de la actividad específicamente orientada al control y fiscalización, los sujetos reguladores han sido dotados de diversas “potestades” para emitir normas particulares y generales, dirimir conflictos y sancionar infracciones.

Conforme lo estudiado más arriba, ambos organismos de regulación analizados ejecutan normativas de contralor, dictan reglamentos “autónomos”⁸⁹⁸ y “ejecutivos”⁸⁹⁹, sancionan a las empresas por deficiencias en las prestaciones y resuelven conflictos de distinta índole entre los distintos actores del mercado regulado, incluyendo entre ellos a los usuarios actuales y potenciales y también de tales “actores” con terceros interesados. Todo lo cual, como se destacara más arriba, ha llevado a parte de la doctrina especializada a considerar a los sujetos reguladores como un Estado dentro del Estado⁹⁰⁰.

Las atribuciones y los deberes encomendados por las leyes y decretos reglamentarios al E.N.R.E. y al E.Na.R.Gas, demuestran que dichos organismos tienen un ámbito obligado de actuación ver-

⁸⁹⁸ Vid. BIANCHI, La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina..., tomo I, páginas 270 y ss.

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ Característica que el autor atribuye al considerar que los entes regulatorios reúnen las tres competencias básicas “de todo Estado: legislar, administrar y emitir pronunciamientos de carácter jurisdiccional” (*Ibid.*, página 267).

daderamente amplio y muy difícil de enmarcar. Y es importante advertir que cuando mencionamos el “ámbito obligado de actuación” pretendemos centrar la atención sobre una eventual “responsabilidad por omisión” a que debería hacer frente cada ente regulador.

Asimismo, los entes reguladores contemplados en las normas analizadas más arriba, alcanzan con sus potestades y atribuciones, aspectos de los servicios que van mucho más allá que la mera fiscalización e, incluso, respecto de las potestades de reglamentación, sanción y resolución de controversias o “arbitraje”, pues ha quedado demostrado que deben intervenir en situaciones jurídicas que superan ampliamente una visión restrictiva de sus competencias, con ámbitos de actuación que abarcan, con mayor o menor intensidad, aspectos en principio externos al servicio mismo, como ser la planificación de inversiones, las habilitaciones, los contratos, la accesibilidad, aspectos ambientales y la defensa de la competencia.

Importa destacar también, aún cuando se profundiza sobre este tema más adelante, que no sólo son los sujetos reguladores, como tales, organismos dotados de amplias funciones por la normativa vigente, sino que, sin perjuicio y más allá de la misma, existe una nota distintiva y especial en el ejercicio mismo de la función reguladora, que justifica otorgar un tratamiento particularizado a la determinación del marco de actuación de los sujetos reguladores de servicios públicos: nos referimos a los derechos y deberes del sujeto regulado.

En efecto, es importante tener en cuenta que las competencias a reconocer y los criterios para su juzgamiento respecto del sujeto regulador deben necesariamente vincularse con las obligaciones y responsabilidades que se le han encomendado, pero también con aquellas encomendadas a los prestadores – concesionarios o licenciatarios –, respecto de los cuales se ha dicho, con las reservas y especificaciones del caso, que sus obligaciones son de resultado y por consecuencia sus responsabilidades objetivas⁹⁰¹.

⁹⁰¹ Así surge, en general y fundadamente del pronunciamiento emitido en la causa “Ciancio”, cuya lectura integral es sumamente recomendable (cfr. CNFed.,

A partir de las estructuras normativas analizadas, consideramos que el alcance material de las competencias del regulador no debería sujetarse a lo establecido en la normativa vigente en un determinado tiempo y lugar, sino más bien en la propia naturaleza expansiva de la actividad reguladora. Si bien las normativas establecen lo que el regulador debe hacer y los fines que debe cumplir, el criterio para su determinación en cada caso deberá sujetarse necesariamente al principio de la especialidad⁹⁰².

El de la especialidad es un principio rector que guía el juzgamiento sobre la competencia de los organismos administrativos, y, al momento de juzgar sobre si existe o existió competencia para actuar en determinado sujeto, tiene en cuenta si lo realizado se encuentra dentro de los objetivos y fines trazados por la norma de su creación, o norma posterior que amplía o modifica sus competencias.

En este sentido, teniendo en cuenta las abarcadoras competencias asignadas a los entes reguladores analizados, es casi obligatorio y esencial realizar una aplicación prudente y coherente de los parámetros y criterios que surgen del “principio de especialidad”, fundamentalmente al momento de juzgar las acciones de los reguladores y delimitar los alcances de sus competencias.

La aplicación del “principio de la especialidad” para juzgar el alcance de las competencias de los entes reguladores en cada caso concreto, debe realizarse con la razonabilidad suficiente, pero esen-

Contencioso administrativo, sala II, noviembre 5-998 - Ciancio José M. C. E.Na.R.Gas).

⁹⁰² Al momento de analizar el fallo “Estrada”, pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que se refiere esencialmente a la naturaleza jurídica de los entes reguladores y la aptitud legal de los mismos para ejercer “funciones jurisdiccionales”, hemos desarrollado más acabadamente este principio, allí nos remitimos, y sugerimos nuevamente al lector ampliar el tema con seguro provecho en CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo I, Capítulo I y II. Sobre el principio de la especialidad y las competencias asignadas a los entes reguladores, ver también BIANCHI, *La regulación económica...*, página 267 y ss., AGUILAR VALDEZ, “El acto administrativo regulatorio...”, página 433 y ss, especialmente 448.

cialmente teniendo en cuenta la necesidad de asegurar, con la decisión que se adopte, el normal cumplimiento de sus fines y objetivos, mediante la utilización de los instrumentos más adecuados y la intervención en los asuntos que, directa o indirectamente, se vinculen con los servicios bajo control y regulación.

CAPÍTULO XI
NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA
POR LOS ENTES REGULADORES EN EL MARCO
DE NUESTRO CONCEPTO DE REGULACIÓN
Y DE LAS COMPETENCIAS ANALIZADAS

1. NOTA INICIAL SOBRE LA COMPATIBILIDAD Y COEXISTENCIA DE LAS POSTURAS DOCTRINARIAS “SUPUESTAMENTE” OPUESTAS”

Conforme hemos estudiado hasta aquí, la teoría de la regulación, y especialmente la regulación pública aplicada sobre actividades sujetas a un régimen especial de servicio público, se desarrolla en el marco del orden jurídico vigente, respetando estrictamente los principios y reglas de naturaleza constitucional, legal y reglamentaria que lo integran, y conformándose a la organización del Estado que se determine en cada caso.

En otros términos, es importante afirmar que la regulación pública sobre las actividades mencionadas, por más contenido económico que tenga y por más que se manifieste a través de lo que la ciencia económica denomina “señales” o “interferencia”, no deja de ser una actividad de naturaleza netamente jurídica, motivo por el cual, en su desempeño y exteriorización debe respetar los principios y las formas esenciales dispuestas por el ordenamiento jurídico respecto de los actos administrativos, así como también debe adecuarse a las interpretaciones y especificaciones realizadas por la jurisprudencia de nuestros tribunales y la doctrina especializada.

Así se lo considera, sin perjuicio de reconocer el carácter interdisciplinario de la regulación pública sobre los servicios esenciales⁹⁰³ y sin denostar la importancia de las ciencias económicas. De este modo, en un Estado que durante décadas, omitió encarar cualquier tipo de acción sistemática y estratégica sobre sus servicios públicos, la construcción y desarrollo de un sistema de regulación sobre los mismos exige sin dudas una etapa de aprendizaje, durante la cual se establezcan las bases para el funcionamiento de las nuevas instituciones y se uniforme el lenguaje jurídico, entre otras muchas cuestiones de importancia⁹⁰⁴.

Por lo pronto, y como aporte a dicho fin, consideramos fundamental tener en cuenta que aquello que la ciencia económica denomina “interferencia”, en la ciencia jurídica se manifiesta en forma de ley, reglamento o acto administrativo y, como tal, debe adecuarse al orden jurídico vigente.

⁹⁰³ En este sentido CASSAGNE, “El servicio público y las técnicas concesionales...”, página 1122.

⁹⁰⁴ Sobre el tema, corresponde con seguro provecho, transcribir las acertadas palabras de uno de los autores que en mayor medida, y con claros fundamentos, ha tratado la problemática del servicio público, a saber: “Una de las premisas en que se asienta el éxito de todo proceso de privatización de los servicios públicos radica en lo que se conoce por regulación económica. El retorno a los sistemas de gestión privada de los servicios públicos ha transformado el papel que venía cumpliendo el Estado hasta el instante mismo de la operación privatizadora y lo convierte en árbitro de una nueva situación, al tiempo que se producen una serie de desprendimientos o segregaciones de actividades que, no obstante no calificarse como servicios públicos, aparecen reguladas por el Estado en virtud del interés público que trasuntan las respectivas prestaciones y su evidente conexión con aquello que estrictamente se reserva para el servicio público. Lo que no parece viable a esta altura del proceso de transformación del Estado es pretender aplicar a la nueva situación producida por la reforma, los principios y las recetas que contenía el molde del Derecho administrativo clásico, que no sólo contribuyó a la quiebra del sistema de gestión privada de los servicios públicos (aun cuando también existieron motivaciones políticas) sino que resulta hoy insuficiente (la más de las veces) para captar y regular una serie de hechos económicos que se van produciendo en los países más avanzados. Este es un punto de partida no ignorado por los protagonistas de la regulación...” (Ibid., página 1124).

Ahora bien, tal como se expusiera particularizadamente en capítulos anteriores, para un sector de la doctrina jurídica, la noción de “regulación” es incorporada al instituto del “poder de policía” del Estado⁹⁰⁵, entendido tal “poder” como el dictado de normas generales y abstractas a cargo del Poder Legislativo, con el objetivo de adecuar el ejercicio de los derechos individuales al interés general, mediante el establecimiento de restricciones y limitaciones sobre los primeros⁹⁰⁶. En cierto modo, o desde este punto de vista, el poder de policía es el género y la regulación pública estatal sobre determinadas actividades es una de sus especies.

No obstante ello, entre los autores que sustentan ésta postura doctrinaria, que trata la regulación económica como una de las “funciones esenciales del Estado” configurada básicamente como una emanación del poder de policía del Estado, CASSAGNE se ocupa de advertir también sobre la finalidad específica que inspira y justifica el ejercicio de dicha “función regulatoria” respecto de los servicios públicos, a los efectos de armonizar los derechos de los usuarios y consumidores con el de los prestatarios, alcanzar niveles de eficiencia óptimos y estimular y proteger la competencia mediante tareas de segmentación de los mercados⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ Ver y ampliar al respecto en Juan Carlos CASSAGNE, “Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual”, *Revista Jurídica La Ley 1994-D*, 948. Se expresa allí que “La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado Subsidiario que se configura básicamente -en su dimensión normativa- como una típica emanación del denominado poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los que se ubica la protección de los usuarios)” (página 952).

⁹⁰⁶ Sobre el concepto y evolución histórica del denominado “poder de policía” recomendamos y seguimos para éste estudio CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo II, página 470 y ss.

⁹⁰⁷ Ver y ampliar con seguro provecho en CASSAGNE, “Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual...”, *passim*.

En un sentido similar, HUCI, luego de identificar las facultades estatales de regulación con el poder de policía y las de control con la policía administrativa, admite la existencia de potestades jurisdiccionales en los entes reguladores e incluso “consultivas” y de “asesoramiento”⁹⁰⁸.

Por el contrario, para otro punto de vista, expuesto generalmente por estudios económicos, la ecuación se invierte y la regulación pública estatal sobre determinada actividad es un género que se ejerce de distintos modos y con variadas técnicas, entre las cuales advertimos el dictado de normas generales restrictivas de los derechos individuales de quienes participan permanente o circunstancialmente en las actividades bajo regulación.

En este caso, el poder del Estado para actuar coactiva y restrictivamente sobre el ámbito de libertad de las personas, se manifiesta de modos o con técnicas distintas, las que no siempre tendrán la natu-

Expresa allí el profesor CASSAGNE que “La necesidad de la regulación aparece como un correlato del servicio público con el objeto de armonizar los poderes de los prestatarios con el interés de los clientes o usuarios y, más todavía, con el interés más genérico de la comunidad, interés público en suma. Desde luego que el grado e intensidad de la regulación no son ilimitados ni absolutos, siendo mayor en aquellos supuestos donde existen situaciones de monopolio o exclusividad, aunque no todo servicio público posee “per se” estas características. En menor grado, también están alcanzadas hoy día por las regulaciones administrativas las llamadas actividades de interés público. En la actualidad se viene sosteniendo que la regulación económica tiene un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los consumidores, lo que implica adoptar, en forma previa o concomitante, una política de segmentación de los diversos mercados junto a la desregulación de las actividades comerciales o industriales con el objeto de afirmar las libertades básicas del mercado” (página 1124/25).

⁹⁰⁸ Cfr. Héctor HUICI, “La actividad jurisdiccional de los entes reguladores”, *Revista Jurídica La Ley 1996-B*, 843. “Se trata en síntesis – expresa el autor aquí citado – del ejercicio de las facultades estatales policiales de regulación (poder de policía) y de control (policía) integradas ahora a las funciones jurisdiccionales y de asesoramiento en organizaciones administrativas apropiadas, bajo la modalidad de entidades autárquicas especializadas, denominadas comúnmente “Entes Reguladores” (página 868).

raleza de normas generales emitidas por el Poder Legislativo - ejercicio del poder de policía - sino también de órdenes particulares, apercibimientos, sanciones pecuniarias, acciones arbitrales e incluso establecimiento de ventajas u otorgamiento de beneficios para aquél que actúe en determinado sentido o bajo ciertas condiciones⁹⁰⁹.

Sin embargo, desde la postura a que hicimos referencia anteriormente, y que asimila el ejercicio de la función de regulación con el ejercicio del poder de policía, podría afirmarse, con relativa razón, que también las acciones de regulación que concretamente describimos en el párrafo anterior - sanciones, resolución de conflictos, otorgamiento de beneficios, etc. - derivan del poder de policía del Estado o son autorizadas y atribuidas a un organismo por una norma general.

Pero justamente esto demuestra la estrecha relación entre ambas posturas, pues sin perjuicio de las notas particulares que la función reguladora del Estado presenta, es importante tener en cuenta que, desde una concepción amplia del poder de policía, toda la actividad del Estado podría abarcarse bajo ese concepto.

A todo evento, y a nuestro criterio, ello no implica necesariamente que debamos atribuir a la regulación pública, naturaleza de "poder de policía" ni tampoco justifica la pretensión de que sea una especie del mismo. De ser así, estaríamos ante una delegación ilimitada, material y temporalmente, lo cual contradice lo establecido en la Constitución Nacional⁹¹⁰, sea que dicha delegación sea efectuada a favor del Poder Ejecutivo o de una entidad descentralizada.

⁹⁰⁹ Es la postura adoptada por MATA en "Panorama del control sobre los entes reguladores...", *passim*. Ver también, del mismo autor "Una visión sesgada de la regulación...", *passim*.

⁹¹⁰ Se trata del artículo 76° de la Constitución Nacional, que analizáramos más arriba ("Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa").

Sin embargo, es necesario reconocer, a partir de las citas y del análisis que oportunamente se efectuara respecto de la postura doctrinaria que identifica el término “regulación” con “reglamentación” y lo integra al concepto más general de poder de policía⁹¹¹, que tal postura doctrinaria no sólo presenta sólidos fundamentos sino que además tienen el noble objetivo de evitar el riesgo de un quebranto constitucional y su consecuente inseguridad jurídica.

En tal sentido, sin dudas la construcción doctrinaria mencionada en último término, al conceptualizar la dimensión normativa de la regulación como una emanación del poder de policía⁹¹², procura con acierto limitar el accionar de entidades descentralizadas creadas por ley, puesto que, de aceptarse un concepto amplio de la regulación, tales entidades alcanzarían un grado de independencia en el ejercicio de la función reglamentaria tan importante respecto del Poder Ejecutivo, que éste último perdería todas sus incumbencias, o al menos carecería de los medios para ejercerlas en aspectos fundamentales relativos a los servicios públicos esenciales.

Y esto sucedería, especialmente, respecto de las incumbencias que hacen a la determinación de una verdadera política de Estado, que asegure el crecimiento en base a una planificación debidamente fundada.

Pues entonces, debe admitirse nuevamente la certeza y razonabilidad de la postura bajo comentario, motivo por el cual, cualquiera sea el concepto que se atribuya al término regulación, será siempre elemental resguardar, dentro del derecho administrativo y de los principios que rigen los denominados servicios públicos esenciales, la competencia del Poder Legislativo en lo que hace a su creación y reglamentación general y la del Poder Ejecutivo en lo atinente a la definición y desarrollo de las políticas de Estado a aplicar, la definición de la modalidad de prestación y la determinación de las condiciones para ser prestatario.

⁹¹¹ Cfr. CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo II, páginas 435 y ss.

⁹¹² *Ibid.*

Todo ello, teniendo especialmente en cuenta la estrecha relación de las actividades mencionadas con la plena satisfacción del interés público, mediante el desarrollo económico y el perfeccionamiento del hombre, pues, en definitiva, y sin perjuicio de las intervenciones estatales que pueden “justificar” las fallas del mercado donde se desarrollan los servicios bajo tratamiento, son estas características las únicas que interesan al momento de decidir sobre el grado de participación que le corresponde al Estado y el contenido de la misma⁹¹³.

Una vez realizada esta aclaración, y volviendo sobre nuestra postura, consideramos que el riesgo potencial descrito – es decir, los efectos jurídicos negativos que produce sobre el orden constitucional y el respeto por las atribuciones de cada uno de los poderes del Estado, el hecho de conceputar con amplitud el significado y alcance de la “función de regulación” -, precisa, para convertirse de riesgo potencial en riesgo actual, con los consecuentes efectos negativos, de por lo menos dos supuestos, a saber:

que se asimile su significado al ejercicio del poder de policía, de manera que quién “regula” esté “autorizado” legalmente para dictar normativas generales que generen derechos y obligaciones en los actores del mercado regulado, que establezcan sanciones y que determinen el alcance de los deberes encomendados a los prestatarios, a los usuarios y a todo tercero interesado, configurando limitaciones en sus derechos y garantías y;

que para ejercer dicha regulación, en el sentido y alcance indicado, se haya creado por Ley una entidad descentralizada con autonomía funcional respecto del Poder Ejecutivo, lo cual aparece manifiestamente inconstitucional por significar para éste último, la pérdida de potestades atribuidas directamente por la Carta Magna⁹¹⁴.

⁹¹³ Ver y ampliar sobre este tema en NALLAR, “Reflexiones de las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población en América Latina...”, *passim*.

⁹¹⁴ Al respecto, CASSAGNE ha desarrollado con solvencia y claridad este tema, para cuya lectura recomendamos dos obras del autor, que deberían consultarse conjuntamente, a saber: *Derecho Administrativo...*, tomo II, páginas 435 y ss. y

En este sentido, si se consiguiera demostrar, fundadamente, que bajo determinadas condiciones, tales supuestos no se producen, sería suficiente para salvar el riesgo de que se produzca un quebranto constitucional como el mencionado.

En adelante entonces, y a partir de la correcta delimitación del contenido orgánico y funcional que encierra el ejercicio de la “función reguladora”, se intentará demostrar que es posible, en el ámbito de los denominados “servicios públicos”, construir instituciones reguladoras independientes y especializadas, con un amplio campo de competencia, si agredir o poner en riesgo la estructura constitucional vigente ni afectar las competencias atribuidas a los “poderes” del Estado.

2. DELIMITACIÓN DE LA “FUNCIÓN REGULADORA”. RELACIÓN CON LOS NIVELES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO REGULADO. LA ACTITUD “PRO-ACTIVA” DEL REGULADOR.

Admitir un concepto amplio del término regulación no significa expandir ilimitadamente las atribuciones y el alcance de las competencias de las instituciones, centralizadas o descentralizadas, que pudieran crearse para ejercerla. En otros términos, y refiriéndonos ahora concretamente a los entes reguladores, remarcamos que el hecho de concebir la “función regulatoria” como el ejercicio de un complejo multidisciplinario de potestades, no implica que todas las atribuciones derivadas de tal concepción deban necesariamente ser ejercidas por tales instituciones.

De este modo, tanto la potestad reglamentaria, como la potestad de contralor, sancionadora y arbitral, atribuidas legalmente a los entes reguladores, o, en su caso, a la entidad creada especialmente para practicar la regulación pública sobre los servicios esenciales, se ejercen dentro de un ámbito material restringido al servicio mismo y sus

“Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”)...”, 756 y ss.

derivaciones directas⁹¹⁵. Sin perjuicio de lo cual, ese “ámbito” de actuación puede variar, en más o en menos, según sea la concepción de la voluntad creadora de los entes reguladores.

En segundo término, y a nuestro criterio como una cuestión fundamental para entender el verdadero sentido y alcance de la regulación a través de organismos con autonomía funcional, la labor de los mismos participa de una nota distintiva trascendental por tratarse su objeto de una actividad económica calificada legalmente como “servicio público”.

Se trata este último, de un dato jurídico que no puede dejar de tenerse en cuenta en la medida que condiciona el ejercicio mismo de la función regulatoria del Estado, diferenciándola de la regulación pública aplicada sobre otras actividades, económicas también, pero no calificadas como “servicio público”, es decir, no sometidas a ningún régimen jurídico especial.

Sin embargo, la naturaleza de la actividad bajo regulación, “servicio público”, actúa en dos sentidos contrapuestos respecto de los alcances de la función reguladora, pues por una parte restringe los mismos y por la otra los expande generosamente, aunque no ilimitadamente⁹¹⁶. Veamos porqué.

⁹¹⁵ En este aspecto es fundamental tener en cuenta que cuando los entes reguladores comienzan a ejercer la parte de la regulación que les compete, ya existe un importante desarrollo de la misma en su faz normativa, lo cual implica en sí mismo una limitación o, si se quiere, un encauzamiento de las potestades reconocidas a tales organismos. Incluso, su creación es considerado, por un importante sector de la doctrina especializada, como un acto de regulación (cfr. MATA, “Una visión sesgada de la regulación...”, *passim* y CARBAJALES, *El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado...*, capítulo IV).

⁹¹⁶ Para otros autores la nota distintiva o motivadora de una mayor intensidad reguladora no es tanto el “servicio público”, en sí mismo y como tal, sino el carácter monopólico de la actividad regulada. Asimismo, tal vez la postura más racional, por lo conciliadora, es expuesta por el Profesor CASSAGNE, para quién la calificación de una actividad como “servicio público” o el carácter “monopólico” de la misma, son parámetros que indican la necesidad e intensidad de la regulación. En tal sentido, el autor que seguimos ha expresado que “... ni el grado ni la intensidad de la regulación pueden ser ilimitados ni absolutos, siendo mayor en

- a) Existencia de un importante marco normativo, dictado con anterioridad al ejercicio de la función de regulación y condicionante de sus alcances

La calidad de “servicio público” actúa en un sentido restrictivo respecto de los alcances de la función de regulación, porque desde un primer momento se destaca la presencia de un marco normativo complejo y abarcador, pues, tratándose de una actividad calificada como “servicio público”, existirá una ley que califique la actividad como tal, con sus correspondientes normas reglamentarias y los títulos habilitantes⁹¹⁷ - que autorizan a prestar el servicio al prestatario regulado, sólo en la medida que cumpla determinadas condiciones -.

Esto condiciona gravemente la posibilidad de excesos en el ejercicio de sus funciones por parte de las instituciones de regulación, las cuales desarrollan sus tareas en el marco de un orden normativo general, previo, y de obligatorio cumplimiento también para ellas. Cualquier acto emanado del ejercicio de la actividad reguladora debe adecuarse al orden normativo vigente, el cual surge de un modelo estratégico pactado desde un inicio entre el titular del servicio y los potenciales prestatarios del mismo⁹¹⁸.

Así es como, las potestades de contralor, reglamentarias, sancionadoras y arbitrales que las leyes atribuyen a los entes reguladores, contienen en sus entrañas las limitantes propias de una actividad

aquellos supuestos donde existan situaciones de monopolio o de exclusividad, aunque no todo servicio público tiene “per se” estas características...” (ver y ampliar con seguro provecho en CASSAGNE, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa...”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, Capítulo II, página 78).

⁹¹⁷ Incluimos bajo tal denominación a los pliegos de bases y condiciones redactados para el procedimiento administrativo de selección y los contratos de licencia o concesión.

⁹¹⁸ Durante el procedimiento de selección es legal y lógico que se intercambien consultas entre los interesados y las áreas de la Administración con competencia especial y expresamente atribuidas para responderlas.

subsidiaria⁹¹⁹, pero, fundamentalmente, son condicionadas por la preexistencia de principios y reglas que no sólo han sido dictadas por el titular de las actividades reguladas sino que han sido conocidas, revisadas, consultadas y finalmente aceptadas por el prestatario, sea que éste pertenezca al sector privado o público⁹²⁰.

Adviértase al respecto que, en la medida que el Estado “titular” representa al usuario y que cualquier prestador, que “accede” a ser tal, debe previamente conocer y aceptar las condiciones fácticas y normativas bajo las cuales lo hace, el ente regulador desarrolla sus potestades en el marco de una actividad donde cada parte se ha comprometido a respetar determinadas condiciones previamente pactadas.

- b) La existencia de variables externas al servicio bajo regulación y que exigen decisiones ágiles y urgentes

Pero también el hecho de tratarse la actividad regulada de un “servicio público” produce efectos en favor de la prolongación - y ramificación - respecto de las competencias de los entes reguladores, pues la referida naturaleza del servicio regulado, actividad esencial destinada a satisfacer necesidades esenciales de la población, exige una labor permanente y pro-activa de parte del Estado, de difícil delimitación en el marco de ciertas necesidades cuya insatisfacción provocaría graves e irreparables daños al interés público, afectando la seguridad y salud de la población, su desarrollo económico y la plena actividad industrial y comercial de la Nación.

En este sentido, siempre en el campo de los “servicios públicos esenciales” es fundamental avanzar, desde o a través del ejercicio de la función reguladora, en el establecimiento de niveles competitivos,

⁹¹⁹ Vid. CASSAGNE, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa...”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación...*, página 87.

⁹²⁰ *Ibid.*, página 90.

en aquellos mercados que lo permitan⁹²¹, y en la mitigación o atenuación de las consecuencias del carácter “esencialmente” monopólico que presentan algunas actividades⁹²².

El proceso competitivo – sobre todo mediante las comparaciones entre prestatarios y servicios de similares características, sean de la misma o de distintas jurisdicciones –, permite un mejor aprovechamiento de la información, estimula la eficiencia en la administración y dirección empresarial y en la asignación de recursos y actúa a modo de un mecanismo incentivador natural y de bajo costo para el regulador⁹²³.

Para aquellos casos en que los procesos de privatización se encuentren en trámite o próximos a iniciarse, los documentos a elaborarse para tal fin⁹²⁴ deben contener por lo menos los principios básicos que habiliten técnica y legalmente la introducción de niveles de competencia en el futuro, sea mediante la apertura y desregulación del mercado o, en caso de no ser ello posible ni conveniente, al menos simulando los efectos de la competencia.

Al asegurar el máximo de competencia, “por” el mercado y “en” el mercado, no solo se favorece la eficiencia, fruto de ese gran incentivo y a través de un mecanismo relativamente natural, sino que además se prepara el terreno para que la regulación sea más efectiva, lo que redundará en mayor transparencia para la gestión empresarial y protección de los derechos de los usuarios.

En este sentido, el hecho de asignar a la regulación el carácter de segundo mejor (second best)⁹²⁵, es decir como un complemento subsidiario de aquello que debe ser satisfecho primaria y naturalmente

⁹²¹ Como son los servicios de telecomunicaciones y generación eléctrica.

⁹²² Caso del suministro de agua potable y desagües cloacales.

⁹²³ Cfr. VICKERS y YARROW, *An Economic Analysis...*, páginas 272 y ss.

⁹²⁴ Nos referimos a los contratos de concesión, licencias, permisos y todo otro título habilitante; los regímenes tarifarios; los contratos de transferencia; etc.

⁹²⁵ Cfr. Pedro MALDONADO, *Análisis de la regulación eléctrica en América Latina*, documento de la Comisión de Estudios para América latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1999, *passim*.

por la competencia entre iguales, no implica en modo alguno negar la necesidad de regular las fallas del mercado para evitar la “falta de equidad” o las “ineficiencias”.

Justamente por los motivos expuestos, es razonable considerar remota la posibilidad de enmarcar normativamente, con rigidez y exactitud, la actividad reguladora del Estado, pues, antes que todo, corresponde entender a la regulación como un arte y no como una ciencia⁹²⁶, de modo que, quien la practica no posee soluciones legales expresas para cada problema que se presenta, ni tampoco medios instrumentales específicos para cada caso.

El "arte" de la regulación se advierte más aún a la hora de practicar una actitud "pro-activa" por parte de la institución a cargo de ejercerla⁹²⁷ y también al momento de dar participación a los distintos sectores interesados, en el grado y oportunidad que las circunstancias aconsejan.

Por pro-actividad regulatoria se entiende la labor del regulador que se adelanta al acontecimiento, sea para evitar que ocurra un hecho negativo, para atenuar al máximo posible sus efectos o para adelantarlo, retrasarlo, condicionarlo o repararlo para su ocurrencia. La pro-actividad regulatoria beneficia al prestador porque advierte y previene un eventual problema, beneficia al usuario porque evita que el mismo lo afecte o atenúa sus efectos negativos y beneficia también al mercado porque se adelanta a la "falla", corrigiéndola o mitigándola.

3. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL ESTADO REGULADOR DE ACTIVIDADES COMPETITIVAS Y DE ACTIVIDADES MONOPÓLICAS

Si bien es cierto que la transformación de los servicios esenciales, en la práctica ha incluido un proceso paralelo de generación de

⁹²⁶ Cfr. SOLANES, “Servicios Públicos y Regulación...”, página 17.

⁹²⁷ Ampliar en MATA, “Una visión sesgada de la regulación...”, *passim*.

competencia, la sustentabilidad de un mercado ciertamente competitivo es factible en materias tales como las telecomunicaciones, la generación eléctrica y algunos sectores del transporte público.

Por el contrario, en la mayoría de las actividades sujetas a un régimen especial de servicio público no ha sido posible introducir competencia efectiva, pues se trata de actividades monopólicas por naturaleza, como el caso del transporte y distribución de energía eléctrica por cable, distribución de gas natural por red, el abastecimiento de agua potable y la recolección de desagües cloacales.

Seguramente, en el marco de mercados competitivos, es inevitable coincidir plenamente con la opinión de CASSAGNE⁹²⁸, también sustentada por SARMIENTO GARCÍA⁹²⁹, y es prudente, en tal sentido, impulsar la creación de entes de control más que de regulación, restringiendo al máximo las potestades arbitrales y sancionadoras y reservando la potestad reglamentaria al Congreso de la Nación y al órgano Ejecutivo, en este último caso, en ejercicio de potestades propias o delegadas⁹³⁰.

Así pensamos, puesto que en el caso de existir una competencia actual o potencial es posible regular sobre las estructuras del mercado, estableciendo el libre acceso a las instalaciones existentes, bajo determinadas condiciones, atenuando abusos de posición dominante por parte de algún “actor”, profundizando la actividad regulatoria en la disponibilidad de la información, desagregando vertical u horizontalmente segmentos de determinada actividad e incluso simulan-

⁹²⁸ Cfr. CASSAGNE, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”)...”, página 763.

⁹²⁹ Insistimos, respecto de SARMIENTO GARCIA, en la recomendación al lector de no limitar la lectura a su trabajo *Concesión de Servicios Públicos...*, en general, sino incluir también, especialmente, los documentos sobre el tema publicados por el autor en el Foro de Cuyo y que pueden ser consultados en <http://www.forodecuyo.com.ar>.

⁹³⁰ Sobre la delegación legislativa en la Constitución Nacional, a partir de la reforma del año 1994, ver Alberto BIANCHI, “Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 17, página 399.

do los efectos de la competencia mediante la técnica de "empresas eficientes virtuales" o mediante la comparación con empresas existentes en el país o el extranjero⁹³¹.

En otras palabras, cuando el mercado o las actividades bajo regulación presentan características naturales que alientan la posibilidad de sostener determinados niveles de competencia entre sus actores, es posible practicar exitosamente un tipo de regulación genérica no sujeta a la necesidad del dictado de normas o reglas urgentes ni a permanentes adecuaciones normativas que actualicen las reglas del mercado a las cambiantes circunstancias de los servicios. Tampoco se encuentra sujeta en este caso, el ejercicio de la función de regulación, a conflictos permanentes que aconsejen una tarea arbitral y sancionadora intensa.

Esta especie o clase de regulación, se denomina "de estructuras", justamente por que tiende a crear genérica y externamente determinadas condiciones básicas e inmutables en el funcionamiento de un mercado. Esa "regulación de estructuras" es posible y suficiente porque las características del mercado bajo regulación no dejan a disposición demasiadas alternativas en las decisiones y conductas de las empresas o actores que participan de él. Los problemas y sus soluciones son generalmente conocidos y previsibles.

Pero cuando la competencia no es posible y son demasiado complejos e ineficientes los mecanismos para introducirla⁹³², aún cuando se intente simular sus efectos mediante las técnicas de "empresas eficientes virtuales", es necesario, además, "regular conductas" y no solo estructuras. No basta, en estos casos, con generar una estructura determinada para que el mercado bajo regulación marche por carriles previsibles y de acuerdo a pautas universales, sino que se

⁹³¹ Cfr. *Documento sobre la Equidad, el Desarrollo y la Ciudadanía en América latina*, Comisión de Estudios para América latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2000, especialmente Capítulo 12.

⁹³² Tal como sucede en algunas actividades sujetas a un régimen especial de servicio público.

vislumbra un ámbito de discrecionalidad importante en las decisiones de sus actores.

La regulación de conductas implica una intensa y permanente labor reglamentaria, arbitral y sancionadora, que en la Argentina surge “ab initio” de los mismos marcos regulatorios - incluyendo dentro de este concepto a las leyes, decretos, contratos y resoluciones regulatorias - pero que muy pocas veces es aceptada por los regulados, e incluso, podríamos decir que hasta el momento, al menos en Argentina, es tímidamente practicada por los mismos reguladores. Esto último, a veces por temor a estar excediéndose en sus competencias y otras veces por falta de confianza en la propia capacidad reguladora.

La regulación de conductas tiende a mejorar la eficiencia en la operación técnica del servicio, que involucra su regularidad, generalidad y equidad, y la gestión comercial, es decir, los procedimientos para la atención y solución de reclamos planteados por los usuarios y audiencias de conciliación cuando los procedimientos no resultan y, para ello, recurre a distintos instrumentos que han sido “calificados” o “denominados” en los marcos regulatorios, casualmente con idéntica terminología a la utilizada tradicionalmente para hacer referencia a las potestades de cada “órgano de poder” del Estado, es decir, reglamentaria, sancionadora y jurisdiccional.

Esta imprecisión legislativa, fruto del desconocimiento sobre la naturaleza de la función reguladora y la ausencia de un mínimo de consenso acerca del concepto de la “regulación pública”, tuvo efectos negativos mucho más graves y trascendentes de lo que podía esperarse o preverse. Y esto fue así, especialmente, porque el debate doctrinario y jurisprudencial producido a partir de la dudosa constitucionalidad que ofrece el ejercicio por parte de los entes reguladores de potestades jurisdiccionales y reglamentarias⁹³³, significó un freno al

⁹³³ Corresponde aquí remitirse a las opiniones realizadas más arriba sobre el tema, así como también a la doctrina que surge de los autores y de los fallos jurisprudenciales allí citados.

desarrollo uniforme y continuo de la actividad reguladora, y con ello se puso en riesgo de colapso nuevamente las prestaciones.

En efecto, en la práctica es posible advertir que la falta de certeza sobre el alcance de las potestades atribuidas a los organismos reguladores - encargados, entre otras cosas, de aprobar los valores tarifarios y controlar el cumplimiento de los niveles de calidad preestablecidos, pudiendo incluso reglamentar algunos de sus aspectos -, debilita sensiblemente el grado de seguridad y certeza jurídica básicamente necesario y genera dudas que a mediano y largo plazo afectan las prestaciones, tanto en lo atinente a los niveles de calidad técnica y comercial como a la continuidad de los planes de obras e inversiones.

Por ello corresponde insistir respecto de la imperiosa necesidad de abandonar las confusas calificaciones normativas y calmar los ímpetus doctrinarios, a los efectos de encaminar el debate hacia el verdadero esclarecimiento de la función encomendada a los entes reguladores. Respecto de ésta última, a modo de punto de partida, debe tenerse en cuenta que no consiste en ejercer ni la función reglamentaria ni la jurisdiccional ni la sancionadora, sino en “utilizar” las potestades de emitir actos administrativos mediante los cuales se orientan y condicionan las “conductas” de los sujetos bajo regulación, sea que con dichos actos se apruben reglas técnicas, se resuelvan conflictos o se apliquen penalidades.

Todo ello, en virtud de que el solo funcionamiento de las estructuras del mercado no alcanza para asegurar la protección jurídica y económica de sus actores, sea porque el carácter monopólico de la actividad alienta decisiones ineficientes o temerarias o sea porque las consecuencias y efectos de las decisiones inconvenientes afectan directa o indirectamente la normal o suficiente satisfacción de necesidades esenciales de la población.

4. EL REGULADOR “PROACTIVO”. REGULACIÓN DE ESTRUCTURAS Y DE CONDUCTAS

De lo expresado hasta aquí, surge entonces como razonable identificar y definir dos modalidades de regulación, que adquieren especial relevancia en el marco de las actividades destinadas a satisfacer necesidades económicas de la población, las cuales han sido fundamentalmente calificadas en este trabajo como “servicios esenciales”. Se trata de la “regulación de estructuras” y la “regulación de conductas”.

Ambas formas no necesariamente deben aplicarse como alternativas separadas y que se excluyen mutuamente, sino, por el contrario, el ente regulador a cargo puede disponer de ambas “herramientas” potencialmente, e ir aplicando sus distintos criterios, con las formas y modos pertinentes, según sea el caso bajo tratamiento. En tal sentido, serán las características del caso concreto, que se presenta ante la autoridad reguladora del servicio regulado, las que, por sí mismas, definirán la conveniencia de aplicar una u otra modalidad de regulación o de adoptar una decisión regulatoria que involucre en su contenido un poco de cada una de ellas.

Especialmente respecto de actividades que presentan características de “monopolio natural”, es imprescindible aplicar ambas formas casi siempre, pues la regulación estructural de alguna manera orienta la regulación de conductas, estableciéndole su ámbito de aplicación o actuación, sus características y, en cierto modo, su contenido. En la doctrina especializada, se ha expresado al respecto que “... la regulación estructural ayudaría a asegurar que el campo de aplicación de la regulación de las conductas equipare lo más estrechamente posible el grado y la magnitud de las fallas del mercado que justifican la intervención del gobierno”⁹³⁴.

A criterio de JOURAVLEV “el grado en que las autoridades deben recurrir a uno u otro tipo de regulación, es un problema empírico que, necesariamente, depende de las características de la acti-

⁹³⁴ Cfr. JOURAVLEV, “Regulación de la industria de agua potable, Volumen I: Necesidades de información y regulación estructural...”, página 14.

vidad de que se trate, especialmente en lo que se refiere a las posibilidades que ofrecen las condiciones tecnológicas y de mercado subyacentes a la entrada y la competencia de otras empresas, al ritmo con que cambian estas condiciones y al nivel de asimetría de información entre los reguladores y las empresas reguladas”⁹³⁵.

Respecto de las notas distintivas de cada “forma de regulación”, siguiendo al autor citado en último término⁹³⁶, es posible enumerar las siguientes:

i. la regulación de estructuras se relaciona con las formas organizativas que adopta el mercado – restricciones al ingreso y medidas de separación funcional -. Por su parte, la regulación de conductas se vincula con el “comportamiento” del mercado – regulación de precios, de la calidad de los servicios y obras e inversiones necesarias;

ii. mientras la regulación de estructuras tiende a determinar qué agentes o tipos de agentes económicos pueden participar en la actividad, la regulación de conductas establece cuáles conductas están permitidas a los agentes económicos y cuáles no;

iii. ambas regulaciones pretenden facilitar el control posterior, pero cada una actúa en ámbitos bien diferentes, pues la “estructural” se dirige al entorno de la empresa regulada, mientras la “regulación” que recae sobre las conductas se orienta más a sus objetivos internos;

iv. la regulación estructural tiene por objeto reducir o eliminar la posibilidad de que ocurran o se incentiven conductas no deseables, en lugar de prohibirlas, mientras la regulación sobre las conductas aborda directamente las acciones y las actitudes no deseables, en lugar de focalizarse en los incentivos subyacentes que las inducen;

v. la regulación de las conductas es una respuesta de política más apropiada que la regulación estructural y el aliento a la competencia, siendo dicha regulación estructural una estrategia que procura facilitar la primera de las regulaciones mediante, especialmente,

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ *Ibid.*, páginas 13, 14 y 15.

un perfeccionamiento cualitativo y cuantitativo de la información a la cual necesita acceder el ente regulador (o la agencia de regulación).

De la doctrina analizada, y el resto de la doctrina especializada allí citada⁹³⁷, es factible deducir que la regulación de conductas implica una actitud pro-activa del regulador, pero respetuosa del marco regulatorio pactado. Los actos administrativos que se emiten en ejercicio de la regulación de conductas, pueden manifestarse a modo de reglas técnicas relativas a la calidad del producto y expansión de infraestructuras, todo ello de conformidad con los principios y las normas preestablecidas en el marco regulatorio vigente.

Pueden también, dichos actos administrativos, tener como objeto principal la aplicación de una sanción, con el fin de “castigar” una conducta considerada fundadamente perjudicial para el servicio, pero también, y especialmente, para hacer saber al regulado que tales actitudes serán castigadas en el futuro, desalentando entonces su repetición. Se trata, este último caso, de una “señal regulatoria”, mediante la cual se procura adelantarse a la decisión que el sujeto regulado podría adoptar en el futuro, evitando con ello perjuicios que no suelen subsanarse del todo con una simple sanción.

Y, finalmente, los actos emitidos en el ejercicio de este tipo o clase de regulación, suelen manifestarse en el marco de la función arbitral, es decir, al momento de resolver un conflicto planteado entre dos actores del mercado y como derivación directa del servicio regulado. En este caso, al resolver una controversia en un sentido determinando o a favor de una de las partes, el sujeto “regulador de conductas” no sólo pretende dar razón a quién la tiene, sino fundamentalmente advertir a la parte “perdedora”, y a todo aquel que en el futuro pudiera encontrarse en la misma situación, cual es la conducta que le conviene asumir para no tener que enfrentarse con una decisión adversa de la “autoridad reguladora”.

En realidad, tal como se afirmara más arriba, y atendiendo a la trascendental distinción entre regulación de conductas y de estructu-

⁹³⁷ *Ibid.*, páginas 64, 65 y 67.

ras, la regulación de actividades monopólicas podría calificarse como "mixta", pues incluye aspectos estructurales y aspectos vinculados directa o indirectamente con la conducta del sujeto regulado.

Como prueba de lo expresado hasta aquí, es oportuno destacar, especialmente en lo atinente a la regulación de conductas, que la jurisprudencia comparada admite la posibilidad de realizar ajustes regulatorios que permitan avanzar sobre las actividades reguladas para favorecer la eficiencia de sus prestaciones⁹³⁸. De manera que la labor del estado regulador no se presenta "solo como un mecanismo para prevenir situaciones conflictivas, sino también para mejorar las condiciones en que se realiza una actividad ya en curso"⁹³⁹.

En este orden, el regulador actúa en base al criterio de las "interpretaciones equitativas", que ha sido utilizado en la jurisprudencia norteamericana para confirmar las disposiciones de comisiones reguladoras ajustando hacia arriba o hacia la baja los valores tarifarios según la rentabilidad que el negocio esté dando al prestador, siempre y cuando la actividad del sujeto regulador no atente contra el derecho de propiedad, el derecho de acceso al mercado o expresas garantías constitucionales⁹⁴⁰.

Igualmente, si bien la actividad interventora "proactiva" del regulador, se fundamenta en el interés público que tiende a satisfacerse con la actividad regulada, ello debe concretarse con pleno respeto por el derecho del regulado a obtener una ganancia por sus esfuerzos, y justificando en cada caso la justicia y razonabilidad de la medida adoptada⁹⁴¹.

En la jurisprudencia nacional no solo se ha reafirmado el principio de la justicia y razonabilidad de las tarifas, sino que se le ha da-

⁹³⁸ Cfr. "Documento sobre la Equidad, el Desarrollo y la Ciudadanía en América latina...", Capítulo 12.

⁹³⁹ *Ibid.*

⁹⁴⁰ En tal sentido se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica en *Mum vs. Illinois*, 94 U.S. 113,131-2, (1877).

⁹⁴¹ *Natural Gas Pipeline*, Corte Suprema de los estados Unidos,1942

do preponderancia sobre las tarifas fijadas contractualmente, expresando que el concesionario no tiene derecho a una tarifa determinada e inmutable (contractual) sino a una "razonable utilidad" y que el Estado tiene el deber de controlar la evolución de las tarifas para que se respete este principio⁹⁴².

Asimismo, se anota también en las tendencias jurisprudenciales analizadas, que la justicia y razonabilidad de la rentabilidad reconocida al prestador no debe necesariamente responder a un parámetro preestablecido sino más bien a criterios de justicia⁹⁴³.

Es importante destacar, cómo, en la legislación vigente y también en la jurisprudencia, aparece con fuerza la figura del Estado regulador de conductas y estructuras, a través de organismos independientes, que reglamentan, sancionan y dirimen conflictos en un ámbito de pro-actividad y con el fin de incentivar ciertas conductas o decisiones.

5. LA REGULACIÓN COMO NEGOCIACIÓN PERMANENTE. LAS FORMAS Y PROCEDIMIENTOS PENSADOS PARA SU LEGITIMACIÓN

El "sujeto regulador" explota sus potestades para "adelantarse" a las señales de los servicios regulados y crear ciertos incentivos, los cuales significan para el "sujeto regulado" la conveniencia o la obligación de comportarse de un modo determinado. Este último, siempre de responder a una señal con determinada conducta⁹⁴⁴.

Para ello, si bien el regulador dispone de principios generales que orientan y encauzan su actuación y dispone además de normas legales y contractuales que sirven para comenzar a aplicar esos principios, necesita la potestad jurídica para adecuarlas o adaptarlas con

⁹⁴² Cfr. C.S.J.N., "Maruba SCA c. Administración Nacional de Puertos (Estado Nacional), s. Res. 99694" (1998).

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ Cfr. MATA, "Panorama del control sobre los entes reguladores...", *passim*.

la periodicidad necesaria⁹⁴⁵, siempre en un marco de participación de los afectados o beneficiados por sus decisiones y cuidando de no alterar lo pactado en el marco regulatorio vigente.

En este sentido, se ha expresado también que la Concesionaria se encuentra frente a la Administración, en una situación de especial sujeción, “de allí que la reglamentación del servicio no esté ceñida solo por lo que contemple el respectivo contrato, sino también por las propias prerrogativas que por naturaleza corresponden a la autoridad estatal, ello siempre, claro está, bajo la estricta observancia del principio cardinal de legalidad administrativa”⁹⁴⁶

Frente a esta realidad normativa y jurisprudencial, el regulador también va a necesitar consensuar determinados aspectos críticos, no solo con el sujeto regulado sino además con los usuarios y la autoridad pública que otorgó la habilitación al regulado. Este ámbito de negociación se convierte en un procedimiento ordenador que determina principios para la prestación, interpreta y renueva normas vigentes, acerca intereses contra-puestos y adecua los sistemas vigentes a la realidad del servicio⁹⁴⁷.

Lo importante es señalar que la tendencia jurisprudencial citada casi viene a resolver, en la teoría, un problema clásico de la regulación, esto es, la permanente tensión entre lo consensuado contractualmente y los principios generales del Derecho. Tensión que coloca al regulador con mucha frecuencia en una situación especial, dentro de la cual debe usar su margen de discrecionalidad y adoptar una postura justa, razonable y proporcionada.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

⁹⁴⁶ Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala I, “EDENOR S.A. c/Estado Nacional - Sec. de Energía, res. 198/94” (sentencia del 5 de setiembre de 1995), consid. III. 2, *Revista Jurídica La Ley 1996-C, 446*.

⁹⁴⁷ Cfr. Rodrigo R. TABJA, “La experiencia chilena en materia de regulación”, en obra colectiva *Diseño estratégico e infraestructura básica*, coordinada por ILPES - CRP - CEPAL, Organización de la Naciones Unidas, 2002, página 78 (puede consultarse en <http://www.eclac.cl>).

La más que frecuente oposición y resistencia entre lo pactado o acordado entre el Estado titular y el prestador del servicio, aparece con nitidez al tratar aspectos vinculados con el análisis, juzgamiento y determinación de los valores tarifarios que regirán determinado período y alcanza niveles extraordinarios de tensión al “desencontrarse” determinados principios del marco regulatorio, como los de razonabilidad y justicia de las tarifas, con los valores específicos establecidos en los contratos, sea bajo un sistema de rentabilidad controlada o de precio tope.

También se advierte la resistencia mencionada en materia de normas y procedimientos de calidad, donde los derechos fundamentales a la salud y al ambiente sano pueden no encontrar debida protección en las normas contractuales, produciéndose también una gran tensión entre el derecho a una información completa, cierta y veraz que tienen los usuarios y los reguladores y los derechos del prestador fijados en el respectivo contrato.

No caben dudas que los problemas mencionados deben ser resueltos por el regulador, y para ello éste acude, con frecuencia, al inicio de procedimientos participativos en busca del consenso, dentro de los cuales se entablan niveles determinados de negociación con los regulados.

El consenso que surge de la negociación permite mantener la confianza en el accionar público, y con ello la seguridad jurídica, así como también, solo el consenso permite el progreso de la prestación y la protección de los intereses públicos, pues de otro modo es demasiado el tiempo que se pierde en recursos administrativos y acciones judiciales.

Ahora bien, para llevar adelante la regulación en el sentido amplio y flexible que deriva de la concepción que se viene exponiendo, es muy importante asegurar la participación, amplia y mediante procedimientos preestablecidos, de todos los que actúan en el mercado bajo regulación, e incluso de “terceros interesados”, lo cual exige mayor tiempo en la adopción de las decisiones y especialmente una actitud de consenso e integración en todas las partes. Deben

asegurarse también niveles de información adecuados, basados en normas especiales que respondan a una política global⁹⁴⁸.

En este marco, entonces, aparece como fundamental un determinado grado de independencia funcional administrativa y financiera en el sujeto regulador⁹⁴⁹ y la participación de los actores del mercado, usuarios incluidos, con procedimientos transparentes e información anticipada, cierta y veraz⁹⁵⁰. Este es el eje central entre la negociación y la regulación y a medida que se avanza sobre el tema es fácil advertir que se trata, en definitiva, de dar operatividad al principio de participación del administrado en la toma de decisiones públicas⁹⁵¹.

La legislación argentina luce algunos procedimientos de participación que no hacen otra cosa que establecer vías legales predefinidas a los ámbitos de negociación que rodean la actividad regulatoria y encauzar el ejercicio de la actividad discrecional del regulador, siendo los procedimientos de participación un modo de acortarla u orientarla hacia criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

De manera que, frente a la necesidad de provocar cambios o adecuaciones normativas y contractuales, como respuesta a las inconstantes y variables circunstancias que afectan los servicios, el sujeto regulador necesita asegurar un ámbito de debate y consenso que le permita, por una parte, dar inmediata operatividad a las nuevas condiciones y, por la otra, legitimar su actuación.

Por ello, a los procedimientos establecidos en la normativa vigente se agregaron otros, creados en el ámbito regulatorio, como un modo de cubrir en sus decisiones, todos los intereses vigentes y ase-

⁹⁴⁸ Cfr. Documento sobre la Equidad, el Desarrollo y la Ciudadanía en América latina..., Capítulo 12.

⁹⁴⁹ Vid. CASSAGNE, *Intervención Administrativa*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1994, páginas 82 y ss.

⁹⁵⁰ Tal como lo ordena, al menos respecto de lo "cierto" y "veraz" de la información la Constitución Nacional en su artículo 42°.

⁹⁵¹ Cfr. TABJA, "La experiencia chilena en materia de regulación", en obra colectiva *Diseño estratégico e infraestructura básica...*, páginas 83 y ss.

gurar su natural acatamiento. Entre los procedimientos referidos, es posible mencionar los mas frecuentes, aunque seguramente no los únicos, a saber:

a) Documento en consulta

Procedimiento mediante el cual se pone a consideración de los prestatarios, usuarios y de todo tercero interesado los proyectos de normas reglamentarias a dictar por el sujeto regulador. El tiempo de consultas es de aproximadamente 30 días, y durante el mismo se pueden realizar observaciones, sugerencias y manifestar discordancias fundadas, respecto del proyecto. Al momento de dictar la norma pertinente, el sujeto regulador debe hacer referencia a las consideraciones recibidas y fundar su aceptación o rechazo.

b) Audiencias de conciliación

Se trata de audiencias previas entre partes en conflicto que procuran alcanzar, con la mediación de la autoridad regulatoria, un acuerdo que finalice la controversia y evite mayores trámites administrativos. Este tipo de “audiencias” procura resolver cuestiones relativamente sencillas pero novedosas para ambas partes o para una de ellas, motivo que justifica un tratamiento especial, al menos durante la etapa inicial de las prestaciones.

En el ambiente regulatorio, las audiencias de conciliación son una constante, por ejemplo, durante las primeras etapas de micro-medición en el servicio de suministro de agua potable, pues, la novedad de la materia provoca numerosas inquietudes - molestias - entre los usuarios y los correspondientes reclamos ante la institución a cargo del control y regulación.

c) Planes de acción específicos

Se trata de procedimientos para ejercer acciones regulatorias y de contralor con particular intensidad y mediante equipos interdisciplinarios, en un área específica, cuyas condiciones geográficas o estructurales la convierten en una zona especialmente sensible a circunstancias climáticas o temporales.

Se trata, generalmente, de planes transitorios y limitados geográficamente, aún cuando, frente a retrasos o demoras en el cumplimiento de determinadas obras de infraestructura, pueden llegar a convivir con el sujeto regulador y el regulado durante mucho más tiempo del previsto.

A título enunciativo, es oportuno aquí recordar lo que se expresara, y demostrara a través de datos fehacientes más arriba, respecto de la gran cantidad de población que - en nuestro país - no accede de manera segura a servicios tales como el agua potable, la energía eléctrica y el gas natural, de manera que, en muchos casos es importante realizar estudios previos y extremar los recaudos para que, mediante una administración más eficiente y especializada de los sistemas, se cubran o atenúen algunas falencias inevitables sin grandes inversiones.

d) Audiencias Públicas

Estos procedimientos son los mas comunes en la actividad del regulador y procuran dar participación al prestador y a un número ilimitado de usuarios y terceros interesados antes de la toma de decisiones relativamente importantes y trascendentes, como puede ser la realización de una obra o las modificaciones especiales, temporarias o permanentes, en los regímenes y en los valores tarifarios, entre otros temas.

6. BASES DE ACTUACIÓN DE LA INSTITUCIÓN A CARGO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN REGULADORA

Conforme lo expresado hasta aquí, la regulación de los servicios públicos esenciales consiste básicamente en el dictado de reglas de conducta que deben ser obedecidas por todos los actores involucrados en el mercado, tanto el prestador, como el usuario actual o potencial, y también por toda otra persona, tercero, cuyas actividades o intereses estén en mayor o menor medida vinculadas con el servicio. Incluso, las entidades públicas estatales – y no estatales – deben acatar las decisiones adoptadas por los entes reguladores en el marco de las competencias atribuidas a los mismos por las normas legales, reglamentarias y contractuales⁹⁵².

En efecto, y en general, conforme la conceptualización que se alcanzara mas arriba sobre la regulación pública⁹⁵³, la misma se manifiesta a través de “reglas de conducta” cuyo instrumento de origen puede ser una ley, un reglamento administrativo o un acto administrativo. Asimismo, es importante recordar que los actos emanados de sanciones o resoluciones de conflictos, así como las reglas dictadas mediante actos administrativos no tienen otra naturaleza que la “administrativa”, sin que corresponda confundirla con el ejercicio de

⁹⁵² Ver al respecto el ilustrativo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Provincia de Buenos Aires c. EDENOR S.A.”, sentencia del 23 de octubre de 2007. En la causa referida se debatía la validez de la Resolución del Ente Nacional Regulador de la Electricidad N° 300/99, en virtud de la cual dicha autoridad había resuelto la controversia suscitada entre la Provincia mencionada y una empresa distribuidora de electricidad, disponiendo, en su consecuencia, que el costo de remoción de determinadas instalaciones operadas por ésta última fuera asumido por el Estado local, en la medida que dicha “remoción” había sido solicitada por éste.

⁹⁵³ Allí conceptualizábamos la función reguladora como la “actividad potestativa del Estado, en virtud de la cual se establecen “reglas” obligatorias, mediante leyes, reglamentos y actos administrativos, destinadas a orientar las conductas y las decisiones de personas que se encuentran en una situación jurídica especial, por la incidencia que sus decisiones y conductas tienen sobre el interés público, siendo las características de tal actividad la subsidiariedad y transitoriedad, aunque el tiempo de su vigencia es ilimitado”.

las tradicionales funciones del Estado, es decir, reglamentaria, jurisdiccional y sancionatoria.

La causa impulsora y final de las potestades que los entes reguladores ejercen mediante el dictado de reglas de conducta consiste en que, a través del ejercicio de la función reguladora, se concreten mas eficientemente algunos de los objetivos centrales del sistema regulado: facilitar el acceso a los servicios o a las instalaciones, simplificar el trámite de eventuales reclamos de usuarios, ordenar y eficientizar la provisión de información, salvar las posibles asimetrías, atenuar y prevenir afectaciones al ambiente y predeterminedar aspectos económicos que eviten incertidumbre en el usuario y abusos en el prestador, entre otros aspectos⁹⁵⁴.

En el marco de tal potestad, o conjunto de potestades, tanto el ejercicio de la que denomináramos función arbitral como la función sancionatoria, conllevan el objetivo de establecer una “señal regulatoria” sobre la conducta debida por el “regulado” ante determinadas situaciones, salvando de este modo incertidumbres normativas y evitando en el futuro mayores conflictos que podrían poner en riesgo el sistema y los derechos de sus “actores”.

Al resolver un conflicto y al imponer una sanción, e incluso al realizar controles e inspecciones, el sujeto regulador procura advertir al prestador sobre la existencia de determinadas reglas de conducta obligatorias, e impulsar el cumplimiento sistemático de las mismas, a los efectos de evitar un ambiente de conflicto y debates permanentes.

De modo que, todos los actos emanados del sujeto regulador, cualquiera sea su naturaleza “aparente”, son manifestaciones de voluntad emitidas en ejercicio de función administrativa, que producen efectos jurídicos directos sobre una o varias personas que desarrollan sus actividades en el mercado regulado.

⁹⁵⁴ Al respecto, sugerimos ampliar sobre el tema en nuestro trabajo “El alcance de las competencias de los entes regulatorios (con especial referencia a la función jurisdiccional)...”, página 42.

Es decir, se trata, en definitiva, de “*actos administrativos*”, que más allá, y sin perjuicio, de la situación concreta que motiva su dictado en cada caso, procuran orientar la conducta de la persona o grupo de personas a quienes van dirigidos, hacia determinado objetivo, sea mediante una orden directa o mediante la creación de incentivos que estimulen a comportarse o decidir de determinado modo.

En otras palabras, si bien la causa impulsora del acto emitido por el ente regulador consiste en un hecho concreto que necesita resolverse, la causa final de la manifestación de voluntad que el mencionado organismo emite, como reacción ante ese “hecho concreto”, no se agota en la situación misma sino que sobrevive a la misma, procurando que idénticas situaciones en el futuro no generen conflictos sino que tengan ya como referencia lo resuelto por el ente regulador en ese caso.

El acto administrativo del ente regulador siempre procura la concreción de objetivos fundamentales y esenciales de la función reguladora.

Por ello decimos que es imprescindible focalizar los actos de los entes reguladores dentro de la actividad más genérica y abarcadora denominada “regulación”, la cual tiene “fines preestablecidos” en el marco de “órdenes jurídicos regulatorios abiertos” e “incompletos” o “sujetos a especificaciones que varían según las circunstancias económicas, financieras, tecnológicas, sociales y políticas”. Y todo ello no implica, vale aclararlo, negar la naturaleza administrativa de sus actos ni pretender atribuirles una naturaleza jurídica especial⁹⁵⁵.

Al momento de analizar el alcance de las competencias del regulador, debe tenerse muy en cuenta el alcance de las “finalidades” asignadas. Y en este sentido, se advierte que el sujeto regulador está obligado a tomar todas las “medidas necesarias” en el marco de una

⁹⁵⁵ Cfr. AGUILAR VALDEZ, “El acto administrativo regulatorio”, en *Acto Administrativo y Reglamento...*, página 433.

política regulatoria orientada a satisfacer el interés público⁹⁵⁶. Especialmente en nuestro país, a los entes regulatorios se les ha encomendado hacer todo lo necesario para proteger el interés público y se les han establecido fines a concretar con su actuación, más que medios instrumentales⁹⁵⁷.

En este sentido, y al menos en Argentina, el sujeto regulador debe básicamente concretar los siguientes “objetivos” intermedios para así cumplir su “fin último”:

i. verificar el cumplimiento del orden jurídico vigente por parte de los sujetos regulados;

ii. resolver las controversias que se generen con motivo de los servicios bajo regulación entre prestadores, entre prestadores y organismos estatales, entre prestadores y la autoridad habilitante, entre prestadores y usuarios, entre prestadores y terceros interesados y entre usuarios de cualquier tipo⁹⁵⁸;

iii. sancionar las infracciones al orden jurídico vigente, por parte de cualquiera de los actores del sistema⁹⁵⁹ y;

iv. dictar normas complementarias, que sin modificar lo establecido en las leyes y reglamentaciones vigentes, permitan cubrir vacíos legales, interpretar normas oscuras y adecuar el orden vigente a

⁹⁵⁶ Si nos atenemos a las normas vigentes para todos los entes regulatorios se han dispuesto amplísimas competencias enumeradas expresamente y atribuciones residuales o competencias implícitas, también de gran amplitud (ver al respecto BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I, página 267 y ss.

⁹⁵⁷ Sin perjuicio de lo que hemos desarrollado más arriba respecto de la características del “servicio esencial”, puede verse también nuestro trabajo *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público...*, especialmente los capítulos III y IV.

⁹⁵⁸ Cabe aquí distinguir no sólo categorías de usuarios sino reconocer también la existencia y legitimación de los denominados “usuarios potenciales” y de los usuarios públicos estatales y no estatales.

⁹⁵⁹ Al decir “actores del sistema” tomamos un concepto amplio incluyendo no sólo a los prestadores sino también a los usuarios y a terceros que pueden hallar un interés sobre aspectos del sistema, aún cuando sea en forma circunstancial.

las eventuales innovaciones tecnológicas o modificaciones de las condiciones de prestación⁹⁶⁰.

Por otra parte, en la medida que las obligaciones asumidas por el prestatario de un servicio público son consideradas obligaciones de resultado y no de medios⁹⁶¹, es imprescindible contar con la capacidad y los recursos para ejercer una labor pro-activa⁹⁶² a los efectos de orientar e impulsar la labor del prestador hacia una permanente expansión de los servicios y una mayor eficiencia desde el punto de vista económico y técnico⁹⁶³.

Igualmente importante es tener en cuenta las numerosas cláusulas contractuales que necesitan de una interpretación para poder aplicarse en cada caso concreto o la necesidad del dictado de normas complementarias.

De manera entonces que, el extraordinario grado de apertura que alcanzan algunos contratos de concesión o licencia para la prestación de servicios públicos, son factores que pueden provocar un efecto expansivo de la función regulatoria al grado tal de superar todos los límites fácticos y de derecho que pudieran imaginarse.

⁹⁶⁰ Todo ello, conforme remarcáramos más arriba, en un marco de consenso y participación.

⁹⁶¹ Así ha sido expresado tanto en doctrina como en jurisprudencia, conforme lo destacáramos y desarrolláramos en nuestro trabajo “El alcance de las competencias de los entes regulatorios de servicios públicos (con especial referencia a la función jurisdiccional)...”, *passim*.

⁹⁶² Cfr. MATA, “Panorama del control sobre los entes reguladores...”, página 5.

⁹⁶³ En otra oportunidad, analizando en general las competencias de los entes regulatorios, hemos esbozado cuatro motivos esenciales que nos llevan a asumir una postura amplia y expansiva a la hora de juzgar el ejercicio de las funciones regulatorias, a saber: a.- La naturaleza de las obligaciones a controlar (de resultado y no de medios), b.- Las bases económicas de la regulación, c.- El carácter abierto de los contratos de Concesión y Licencia y d.- La misma naturaleza de los servicios regulados. Ver y ampliar en nuestro trabajo “El alcance de las competencias de los entes regulatorios de servicios públicos (con especial referencia a la función jurisdiccional)...”, *passim*.

7. SOBRE LOS FUNDAMENTOS QUE IMPULSAN A SOSTENER UNA POSTURA AMPLIA RESPECTO DEL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ENTES REGULATORIOS. A MODO DE SÍNTESIS

En primer término, corresponde insistir con la afirmación de que las competencias del regulador tienen el alcance de las “finalidades” que se le encomendaron, teniendo en cuenta que está obligado a tomar todas las “medidas necesarias” en el marco de una política regulatoria orientada a satisfacer el interés público⁹⁶⁴. Esta afirmación lejos de ser caprichosa o intrascendente, es de vital importancia para el normal funcionamiento de los entes reguladores, y con ello contribuye a la eficiente prestación de los servicios regulados.

Ya hemos adelantado nuestra opinión sobre la forma en que las obligaciones encomendadas a los sujetos regulados (prestatarios de servicios) actúan con efecto expansivo sobre las competencias del ente regulador. Ahora es el momento de “completar”, acabadamente, los diversos motivos fácticos y jurídicos que fundamentan una posición doctrinaria amplia en la atribución de competencias a los denominados en Argentina “entes reguladores”, a saber:

a) Obligaciones de resultado y no de medios

En primer lugar, o si se quiere como primer motivo para atribuir alcances amplios a las competencias de los entes reguladores, se esgrime la materia dentro de la cual desarrollan sus actividades los mismos, como así también los sujetos regulados e incluso los usuarios y todo tercero interesado, es decir, aquellas actividades sujetas a un régimen jurídico especial, constituido por un conjunto de derechos y deberes específicos creados en resguardo de las necesidades

⁹⁶⁴ Si nos atenemos a las normas vigentes para todos los entes regulatorios se han dispuesto amplísimas competencias enumeradas expresamente y atribuciones residuales o competencias implícitas, también de gran amplitud (en idéntico sentido BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I, página 267 y ss).

esenciales a satisfacer, y que la doctrina denomina simplemente “servicios públicos”⁹⁶⁵.

Al tratarse de actividades económicas directamente vinculadas con la satisfacción de necesidades básicas de la población, entre muchos otros efectos que se derivan de tal circunstancia, es evidente que sus prestadores deberán satisfacer adecuadamente los fines generales para los cuales han sido creadas las actividades a su cargo, no debiendo aceptar el Estado, titular del servicio, que los deberes y obligaciones de los prestatarios se agoten en la mera demostración de que las eventuales falencias de los servicios a su cargo derivan de actos o hechos ajenos a su voluntad.

Esto no significa atribuir a los prestatarios de servicios públicos responsabilidad objetiva alguna, lo cual sería imprudente, perjudicial para el servicio e inconstitucional en el Derecho argentino, pero si autoriza al ente regulador respectivo para investigar en profundidad lo sucedido en cada evento dañoso, o simplemente negativo, y exigir toda la información necesaria para ello, al tiempo que implica, en el concesionario o licenciatario, un deber “pro activo” de extremar sus esfuerzos antes, durante y después de cualquier acontecimiento que pudiera afectar el servicio a su cargo, sea que el mismo provenga de terceras personas e incluso de los mismos afectados, y demostrar que ha intentado todo lo posible para evitar o atenuar eventuales perjuicios producidos.

El prestador “debe” cumplir los objetivos establecidos en las normas, no sólo porque ellas lo digan, sino fundamentalmente porque de no hacerlo provocaría gravísimos males físicos y materiales y

⁹⁶⁵ Para la conceptualización del servicio público esencial nos remitimos a nuestro trabajo *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público...*, citado, especialmente páginas 73 a 78. La nota de “esencial” que atribuimos a algunos servicios públicos aparece como fundamental desde que ésta hace referencia a los bienes y los derechos que con su prestación se protege (derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español – S.T.C., 26, 1981) y no sólo al alcance del servicio.

la violación de derechos y garantías previstos en nuestra Carta Fundamental y en diversos tratados y convenciones internacionales⁹⁶⁶.

Esto es, lisa y llanamente, el cumplimiento del principio de obligatoriedad en la prestación del servicio público, que encierra a su vez los principios de continuidad, igualdad y regularidad⁹⁶⁷. El sujeto regulador – ente, comisión, superintendencia, secretaría, entidad,

⁹⁶⁶ La Corte Federal Argentina ha desarrollado en los últimos años una valiosa jurisprudencia respecto de los tratados internacionales y la responsabilidad del Estado por la falta de cubrimiento o el cubrimiento deficiente de las necesidades básicas de la población, atribuyéndose además, expresamente, la función de buscar los caminos más aptos para solucionar eventuales situaciones de conflicto (ver y ampliar en Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra” (sentencia del 18 de septiembre de 2007), *Revista Jurídica La Ley* 03/10/2007, 11 - Sup. Adm 2007 (octubre), 32 - DJ 07/11/2007, 683). En este sentido, en el pronunciamiento citado expresó que “... le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados...” (considerando 3º, segundo párrafo). Bajo ese criterio rector, ordenó luego la Corte al Estado Nacional y a la Provincia de Chaco para que “...informen al Tribunal, con relación a las medidas de protección de la comunidad indígena que habita en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia: 1) Comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que las integran. 2) Presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas. 3) Ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria. 4) Ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección. 5) Ejecución de planes de educación. 6) Ejecución de programas habitacionales...” (considerando 3º, cuarto párrafo). Asimismo, y finalmente, mientras esos informes se elaboran, ordenó también que aseguren el “... suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas...” y “... de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios” (punto III del resuelvo).

⁹⁶⁷ Vid. MATA, “Noción actual del servicio público...”, página 43 y Guido Santiago TAWIL, “Avances regulatorios en América latina”, *Revista Jurídica El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo del mes de abril de 2000*, *passim*.

etc. - participa de estas dos características, es decir, obligaciones de resultado a cargo del prestador y cumplimiento obligatorio del servicio.

Por ello las leyes que crean estos organismos, más allá de identificar ampliamente sus competencias expresas, en todos los casos estudiados a los fines del presente trabajo, agregan competencias implícitas en razón de su especialidad, de conformidad con las obligaciones del sujeto regulado y las características de los servicios bajo regulación⁹⁶⁸.

En el sentido expresado, entre las obligaciones encomendadas a los entes reguladores en Argentina, encontramos las de asegurar el cumplimiento de las obligaciones fijadas a los prestadores y realizar todo acto necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de la ley⁹⁶⁹, realizar un eficaz control de las concesiones y cumplir y hacer cumplir el marco regulatorio y el contrato⁹⁷⁰, proteger los intereses de la comunidad y asegurar la calidad de los servicios⁹⁷¹, aplicar, interpretar y hacer cumplir las leyes y expedir los reglamentos y actos pertinentes⁹⁷².

Tales premisas legales prueban a las claras que las obligaciones impuestas en los marcos regulatorios a los prestatarios de servicios públicos, son obligaciones de resultados, pues si los entes de control y regulación deben hacer todo lo necesario para cumplir los fines de la normativa vigente, mal podría concluirse que el prestador del servicio no debe actuar igual.

⁹⁶⁸ Además de las normas ya citadas anteriormente, debemos tener en cuenta otras normas que forman parte de los respectivos marcos regulatorios y que encomiendan al ente el resguardo de la seguridad y calidad de los servicios, la eficiencia de las prestaciones y la prevención de conductas que pudieran afectar el normal funcionamiento de las actividades reguladas.

⁹⁶⁹ Ver y comparar en Ley Nacional 24.076, artículo 52, inciso a y Ley Nacional 24.065, artículo 56, inciso a.

⁹⁷⁰ Cfr. Decreto Nacional 1994/93, artículo 16, inciso a.

⁹⁷¹ Vid. Decreto 999/92, artículo 17, primero parte.

⁹⁷² Cfr. Decreto 1185/90, artículo 6 y Decreto 62/90.

El carácter de obligación de resultados y no de medios, en pocas palabras, es una derivación lógica y natural del carácter que tales obligaciones tendrían si estuviere su cumplimiento en cabeza del titular, es decir del Estado. En éste último caso, el Estado no podría conformarse ni pretender conformar a terceros invocando que utilizó “todos los medios o los medios más adecuados” para que, por ejemplo, el agua que se provee para consumo humano sea potable, sino que debe demostrar que sí es potable; tampoco puede limitarse a cumplir lo que dicen las normas técnicas respecto de la construcción de redes eléctricas sin importarle la aptitud de las mismas para proveer un buen servicio en cada caso concreto.

Pero también es cierto que no puede utilizarse éste principio para exigir lo que no es jurídica o técnicamente posible, pues de este modo llegará un momento que nadie querrá - ni podrá - aportar capital o capacidad para coadyuvar a la construcción de las infraestructuras de servicios necesarias, ni para las expansiones y ni siquiera para una operación eficiente.

Asimismo, tanto respecto de las empresas privadas como públicas, eventualmente a cargo de la prestación del servicio, la exigencia irracional y sobredimensionada del criterio expuesto en el presente título, provocaría un ámbito de responsabilidad extra-contractual, por acción u omisión, ilimitado e incongruente con la premisa de concretar las obras e inversiones para alcanzar niveles óptimos de prestación allí donde no existen.

Es éste un principio que sólo el regulador puede sobrellevar adecuadamente.

b) Bases económicas de la regulación

La segunda razón jurídica que aconseja reconocer amplitud en el ejercicio de las competencias atribuidas a los entes reguladores, curiosamente, encuentra debido sustento de las “bases económicas” que cimientan y dinamizan en cada situación, el ejercicio de la función regulatoria. Al respecto, expresa MATA que “...todavía no se

advierte ni en la legislación ni en la jurisprudencia una adecuada comprensión de la función reguladora, quizá porque no se tienen en cuenta las bases económicas sobre las que se asienta”⁹⁷³.

El mismo autor distingue dentro de las funciones del regulador cinco subfunciones, a saber: normativa, de control y de sanción, de solución de conflictos, de incentivo y de pro actividad. De entre de ellas, corresponde a los efectos del presente título, destacar las dos últimas.

Respecto de la subfunción “de incentivo”, de nítido contenido económico, consiste en generar, desde el regulador, estímulos y beneficios para el sujeto regulado que lo incentiven a realizar la conducta deseada, es decir aquella que mejor satisface el interés público en juego. Como puede advertirse, tanto en la elección de los estímulos, como en la intensidad de los mismos y en la vinculación de lo que se procura obtener con ellos y el interés público en juego, existe un amplísimo grado de discrecionalidad muy difícil de limitar o encauzar sin al mismo tiempo anular la subfunción misma.

Por su parte, la regulación ejercida mediante la subfunción “proactiva” consiste en un acompañamiento “activo” de la labor del sujeto regulado, por parte del ente regulatorio, a los efectos de anticiparse a eventuales fallas del mercado, anular o atenuar externalidades negativas, orientar la actividad del prestatario mediante medidas de estímulos – subfunción “de incentivo” – y en general impulsar o concretar distintas actividades que permitan alcanzar un mayor grado de eficiencia técnica, económica y comercial⁹⁷⁴.

Ambas funciones - o subfunciones en el pensamiento de MATA -, exigen, para asegurar su efectividad práctica, el reconocimiento en favor de la institución a cargo de su ejercicio de un campo jurídico de actuación sumamente amplio, en modo alguno “ilimitado” pe-

⁹⁷³ Cfr. MATA, “Panorama del control sobre los entes reguladores...”, páginas 2 y 3.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, página 3.

ro provisto de márgenes adecuadamente abarcadores como para aplicarse con celeridad y en la oportunidad debida.

c) Contratos abiertos

La tercer causa de naturaleza jurídica que motiva la amplia postura esgrimida sobre el alcance de las competencias atribuidas a los entes reguladores, se vincula con los textos normativos de los contratos elaborados para las concesiones o licencias de servicios públicos, los cuales, en un alto porcentaje de su contenido, se componen de cláusulas flexibles y sujetas a adecuaciones, según la oportunidad, mérito y conveniencia.

Debemos también tener en cuenta al respecto, que los contratos de concesión o licencia, cuyo objeto es la prestación de un “servicio público”, presentan como una de sus características más notorias, el extenso plazo de duración, lo cual obliga en muchas ocasiones, y con el paso del tiempo, a realizar adecuaciones respecto de cuestiones imposibles de prever al momento de haberlos suscripto⁹⁷⁵.

Por otra parte, y también vinculado a la duración de las concesiones y licencias en materia de servicios públicos, en la práctica se advierte la existencia de incesantes innovaciones tecnológicas que requieren del regulador una labor permanente de adaptación a los efectos de hacer más eficaces y eficientes las prestaciones. En este sentido, se ha expresado en la doctrina especializada que “... las nuevas tecnologías, unida a la larga vida de los acuerdos, hacen necesario revisar la disciplina del contrato, en especial, en aquellos sectores de intensa dinámica como, por ejemplo, las telecomunicaciones”⁹⁷⁶.

Igualmente sujetas a habituales modificaciones se encuentran otras materias de los contratos referenciados, como por ejemplo los niveles de calidad, los valores tarifarios, las obras e inversiones posibles y necesarias y los sistemas de atención comercial, entre otras.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ *Ibid.*, página 3/4.

d) Naturaleza de los servicios regulados

Finalmente (en cuarto orden) no sería procedente dejar de mencionar, vinculado al punto a) anterior, que una concesión o licencia de servicio público no puede interrumpirse ante situaciones especiales – hecho del príncipe, actos de la administración, casos fortuitos o de fuerza mayor –. Por el contrario, ante cualquier hecho adverso, los responsables de los servicios deben seguir cumpliendo requisitos básicos, cualitativos y cuantitativos.

Así, la emergencia económica que eventualmente distorsione la ecuación económico – financiera de una relación jurídica en la que interviene el Estado, podría generar y justificar la suspensión o extinción de un contrato de suministro, de servicios de consultoría, de compra – venta e incluso de obra pública, por mas importante que sean los objetos de tales contrataciones, pero en modo alguno podrían los cambios operados sobre la economía financiera de un contrato suscrito por el Estado, derivar en la suspensión o extinción de un servicio público.

Aceptado esto, y teniendo en cuenta las bases económicas de las prestaciones, que se estudiaron y fundaron más arriba, surge lógico, frente a circunstancias externas que afecten las concesiones o licencias, la importancia y trascendencia que adquiere la institución a cargo de la función de regulación, ante la necesidad de emplear todos los medios al alcance para mantener las prestaciones bajo ciertos parámetros de calidad.

Lo expresado, por otra parte, no sólo es aplicable frente a circunstancias económicas adversas o cambiantes – una declaración de emergencia económica, por ejemplo⁹⁷⁷ – sino también ante cualquier factor externo que provoque modificaciones de mayor o menor in-

⁹⁷⁷ Basta con mencionar el dictado de la Ley 25.561 que modifica sustancialmente las condiciones económicas y financieras de las prestaciones, modifica cláusulas contractuales y ordena una “renegociación contractual” que puede durar demasiado tiempo.

tensidad sobre los aspectos técnicos, económicos o jurídicos de las prestaciones.

8. CONSTRUCCIÓN FINAL SOBRE LA NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LOS ENTES REGULADORES

a) Los modos de manifestación de la “función de regulación”

Se ha dejado ya en evidencia, los fundamentos básicos que impulsan la postura de adoptar un criterio amplio para analizar y juzgar las competencias de los sujetos reguladores, así como también el ejercicio de las mismas en cada caso concreto⁹⁷⁸.

Se intentará ahora “descubrir”, mediante el razonamiento jurídico pero con una fuerte dosis de lógica y sentido común, la naturaleza de los actos mediante los cuales se exterioriza la voluntad del mencionado “sujeto regulador” - ente regulador en Argentina -, a cuyos efectos es necesario profundizar detalles y examinar con detenimiento las competencias de tales instituciones en el ámbito de los servicios esenciales, así como también sus fines u objetivos.

En tal sentido, respecto de los entes reguladores que se han adoptado como base experimental para este estudio⁹⁷⁹ y de acuerdo con la normativa vigente para su funcionamiento⁹⁸⁰, es posible afirmar, generalizando lo aprehendido, que un “sujeto regulador” puede y debe llevar adelante las siguientes atribuciones, que constituyen su ámbito de competencia:

⁹⁷⁸ Véase en nuestro trabajo *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público...*, especialmente páginas 73 y ss, las diferencias entre el término “servicio público” y “servicio esencial”.

⁹⁷⁹ Ente Nacional Regulador de la Electricidad y Ente Nacional Regulador del Gas.

⁹⁸⁰ Es decir, en general, las Leyes 24.065 y 24.076, con sus respectivos decretos reglamentarios.

i. verificar el cumplimiento del orden jurídico vigente por parte de los sujetos regulados, incluyendo aspectos jurídicos, económicos, financieros, tarifarios, ambientales, societarios, técnicos, dominiales y relativos a los niveles de calidad;

ii. resolver las controversias que se generen con motivo de los servicios bajo regulación, sea que tales controversias se susciten entre prestadores, entre prestadores y organismos estatales, entre prestadores y la autoridad habilitante, entre prestadores y usuarios, entre prestadores y terceros interesados, entre usuarios de cualquier tipo⁹⁸¹;

iii. cumplimentar los procedimientos establecidos para detectar, investigar, determinar culpabilidades y finalmente sancionar las infracciones al orden jurídico vigente, por parte de cualquiera de los actores del sistema⁹⁸²;

iv. dictar normas complementarias al orden jurídico vigente, sea para cubrir vacíos legales, interpretar normas oscuras y adecuar el orden vigente a las eventuales innovaciones tecnológicas o para establecer nuevas normativas allí donde los mismos marcos regulatorios prevén que deben hacerlo, sin modificar las condiciones de prestación y otorgando la debida participación a los interesados⁹⁸³.

Ahora bien, como ya se expresara más arriba, en el marco de esa atribución de competencias, el ente regulador hace uso de distintas potestades, que funcionan como medios instrumentales para

⁹⁸¹ Cabe aquí distinguir no sólo categorías de usuarios sino reconocer también la existencia y legitimación de los denominados “usuarios potenciales” y de los usuarios públicos estatales y no estatales.

⁹⁸² Al decir “actores del sistema” tomamos un concepto amplio incluyendo no sólo a los prestadores sino también a los usuarios y a terceros que pueden hallar un interés sobre aspectos del sistema, aún cuando sea en forma circunstancial.

⁹⁸³ Las leyes de su creación y sus normas reglamentarias encomiendan expresamente a los entes reguladores referidos el dictado de normas generales y abstractas, como ser el reglamento de audiencias públicas, de sanciones, condiciones de accesibilidad a las instalaciones y los procedimientos para la revisión de los valores tarifarios, entre otras cuestiones.

preparar sus manifestaciones de voluntad, las cuales siempre deben orientarse y concretar el fin último de asegurar la calidad y eficiencia de los servicios bajo regulación, en procura y defensa de la satisfacción del interés público.

De ese modo, el objetivo de la competencia atribuida al ente regulador para aplicar sanciones se cumplimenta mediante el ejercicio de la potestad sancionatoria, pero se manifiesta a través de un acto administrativo cuyo fin último no es la imposición o no de una penalidad en un caso concreto, sino evitar en el futuro nuevos o mayores perjuicios al interés público generando en el sujeto sancionado un determinado tipo de actitud frente a casos similares o la realización de determinada inversión o la modificación y eficientización de los procedimientos internos de las empresas prestatarias.

En idéntico sentido, la causa impulsora y final de la competencia para emitir reglas, se desarrolla en la práctica mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria y consiste en que, mediante su dictado, se cumplan de mejor manera objetivos centrales del sistema regulado: facilitar el acceso a los servicios o a las instalaciones, simplificar el trámite de eventuales reclamos de usuarios, ordenar y agilizar la provisión de información y salvar las posibles asimetrías y prede-terminar aspectos económicos que eviten incertidumbre en el usuario y abusos en el prestador.

Lo mismo cabe decir respecto de la competencia atribuida a los entes reguladores para dirimir conflictos o controversias entre distintos actores del mercado regulado, competencia que se manifiesta mediante el ejercicio de la potestad arbitral⁹⁸⁴, pero cuyo objetivo final no consiste en resolver un conflicto concreto, sino fundamentalmente, y más importante aún, el de establecer una “señal regulato-

⁹⁸⁴ Ya hemos desarrollado más arriba nuestra postura respecto de la denominada función jurisdiccional y la imposibilidad de su aplicación a organismos administrativos, motivo por el cual vamos a evitar denominarla de ese modo, aún cuando aceptamos que en doctrina y jurisprudencia suele ser utilizada en un sentido amplio y que su utilización no implica, en sí misma, una postura definida por parte del autor respecto al tema.

ria” sobre la conducta debida por el regulado ante determinadas situaciones, así como también suprimir incertidumbres normativas o evitar en el futuro mayores conflictos - idénticos o similares al resuelto -, que podrían poner en riesgo el sistema y los intereses de sus “actores”.

b) La inexistencia del acto regulatorio como categoría autónoma

Esta circunstancia de derecho y de hecho que se intentara demostrar en el punto anterior, podría abarcarse íntegramente mediante la aplicación de la doctrina que plantea distinguir entre actividad reglada y discrecional de la administración, e incluso, existirán casos en los cuales podría aceptarse que el ente regulador se encuentra frente a los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”⁹⁸⁵.

No obstante ello, se han suscitado análisis doctrinarios sobre la posibilidad de aceptar una teoría autónoma del acto regulatorio, circunstancia analizada y bien rebatida por AGUILAR VALDEZ⁹⁸⁶.

Es decir que, si la cuestión se plantea desde la amplitud de competencias atribuidas a los entes reguladores, y las potestades que los mismos utilizan para cumplir sus fines, en el marco de la teoría general del acto administrativo, el debate sobre las competencias de tales organismos se plantearía respecto de la conveniencia o no de permitir tal margen de discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la “función administrativa” orientada a la regulación de un servicio público.

Por el contrario, si aceptáramos la existencia de una teoría autónoma del “acto regulatorio”, que establezca cierta especialidad en las normas que establecen los requerimientos para su legalidad, dicha teoría se desarrollaría en paralelo a la teoría del acto administra-

⁹⁸⁵ Para un tratamiento completo y adecuado de la doctrina de la discrecionalidad ver CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, tomo II, páginas 70 y ss.

⁹⁸⁶ Cfr. AGUILAR VALDEZ, “El acto administrativo regulatorio...”, en la obra colectiva *Acto administrativo y reglamento...*, página 433.

tivo, apartándose de sus principios, caracteres, elementos, procedimientos y vías de impugnación, salvo por medio de una aplicación supletoria o analógica.

En el primer caso, lo que identificamos en la práctica como “acto regulatorio” vendría a ser un “acto administrativo” dictado por el ente regulador en ejercicio de la “función administrativa”, mayormente reglada o mayormente discrecional, según sea el caso, y sujeto por tanto a los requisitos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos, N° 19. 549, y sus normas reglamentarias.

Este acto, administrativo, se encontrará entonces sujeto al sistema de la ley mencionada, tanto en lo que hace a las condiciones para admitir la legalidad del acto administrativo como a los demás requisitos y a las normas generales del procedimiento administrativo, con las salvedades del caso, es decir, entidades autárquicas creadas por Ley del Congreso. En este caso, cualquiera sea el motivo del dictado del acto y el procedimiento utilizado para su emisión, se trataría de un acto administrativo y debería analizarse como tal⁹⁸⁷.

Por el contrario, de aceptarse la autonomía de la “función regulatoria” respecto de la “función administrativa”, su resultante, que podríamos denominar “acto regulatorio” sería una manifestación de voluntad unilateral dictada en ejercicio de la “función regulatoria” cuyo objetivo sería promover la calidad y eficiencia en las actividades bajo regulación y que se documentaría como “nuevas normas”, “interpretaciones de normas existentes”, “sanciones” y “resoluciones de conflictos” generados entre distintos actores y terceros interesados en las actividades reguladas⁹⁸⁸.

⁹⁸⁷ Aún cuando su objeto sea resolver un conflicto, aplicar una sanción o crear una norma.

⁹⁸⁸ En la doctrina especializada se ha conceptualizado la regulación como una actividad que afecta directamente el comportamiento de los agentes del sector privado con el fin de alinearlos con el interés público (cfr. TABJA, “La experiencia chilena en materia de regulación”, en obra colectiva *Diseño estratégico e infraestructura básica...*, páginas 86).

Frente a esta dicotomía, a nuestro entender, no es posible jurídicamente, independizar al “acto” emitido en ejercicio de las funciones a cargo de los entes reguladores, de la teoría general del acto administrativo. Por el contrario consideramos que debe atribuírsele naturaleza de acto administrativo, destacando el importante grado de discrecionalidad que contiene la actividad regulatoria, nota a tener especialmente en cuenta al momento de ejercer acciones de control administrativo o judicial sobre la actividad desarrollada por los entes reguladores y los actos derivados de la misma.

Por lo tanto, en el ejercicio de sus competencias, a través del dictado de actos administrativos, el ente regulador deberá respetar estrictamente los principios y las normas vigentes en la materia sujetándose además, a los criterios de razonabilidad, justicia y proporcionalidad que la doctrina y la jurisprudencia han fijado.

Se concluye entonces diciendo que el acto administrativo regulatorio no constituye una “categoría especial” y “autónoma” sino que participa plenamente de la teoría del acto administrativo, y todo ello sin perjuicio de destacar el amplio alcance de las competencias del regulador, es decir, la trascendencia de tales actos y el alto grado de discrecionalidad con que cuenta el “regulador” al momento de dictarlos.

Por ese motivo, las amplias y abarcadoras competencias reconocidas a los entes reguladores, han sido acompañadas por numerosas especificaciones normativas, con un elevado nivel de apertura y un verdadero efecto expansivo, que convierten al sujeto regulador en uno de los principales responsables del buen funcionamiento del sistema⁹⁸⁹.

⁹⁸⁹ Esta circunstancia no debe “leerse” como absolutamente favorable para el ente regulador, pues le obliga a actuar con el máximo cuidado al poner en evidencia su responsabilidad respecto de eventuales fallas del servicio regulado.

9. LA DOCTRINA DE LA ESPECIALIDAD COMO INSTRUMENTO DE CONTENCIÓN RESPECTO DE LAS COMPETENCIAS DEL ENTE REGULADOR

En el marco de lo expuesto hasta aquí, y asumiendo nuevamente que se intenta exponer y sustentar jurídicamente una postura amplia sobre las atribuciones otorgadas a los sujetos reguladores, debemos admitir que la naturaleza económica de los servicios bajo regulación - y por tanto de la regulación misma -, sumado al inevitable y extraordinario grado de apertura que presentan algunos contratos de concesión o licencia para la prestación de servicios públicos, son factores que provocan un efecto expansivo sobre las acciones regulatorias, exigiendo un importante grado de pro-actividad por parte del organismo competente y especialmente un trabajo de complementación respecto del marco regulatorio vigente, mediante el establecimiento de reglas específicas para cada caso concreto.

Lo expresado no constituye sólo una postura doctrinaria sino una lectura de la realidad, en base al orden jurídico vigente. Es decir que, en la concepción aquí expuesta y defendida, la amplitud de los alcances de las competencias de los entes reguladores es una realidad normativa, y por ello, imposible de negar, bajo apercibimiento de provocar una verdadera anarquía en la prestación de los servicios públicos.

En efecto, si se pretendiera impedir que una entidad especializada se ocupe de las actualizaciones normativas, de las revisiones tarifarias y del seguimiento continuo de la evolución de los servicios, definiendo el destino de las inversiones y orientando o encauzando las decisiones de los actores del mercado, empezaría a notarse los efectos negativos de los vacíos normativos y la ausencia de un ente rector que ordene las prestaciones desde el punto de vista técnico y económico.

No obstante lo expresado, ello no implica el deber de aceptar competencias absolutas a favor de los entes reguladores, pues también es prudente advertir sobre los efectos negativos que pueden de-

rivarse de habilitar sin limitaciones ni condicionamientos el ejercicio de competencias tan amplias y decisiones tan discrecionales. Y cuando se dice “efectos negativos”, se hace referencia no sólo a los efectos que se producirán respecto del sistema mismo sino fundamentalmente a los que se producirán respecto de los entes reguladores.

Al respecto, las características que hacen imposible jurídicamente cerrar un esquema normativo estable y abarcador de todas las relaciones emergentes de un servicio público, si no son objeto de un tratamiento especial podrían convertir al ente regulador en un sujeto de derecho carente de un marco jurídico de actuación específico o, peor aún, les otorgaría un marco de competencias ilimitado y confuso. Todo lo cual contribuiría a provocar un estado de inseguridad jurídica, no sólo por la excesiva concentración de competencias en dichos organismos sino especialmente por tratarse de competencias cuyo ejercicio implica una actividad predominantemente discrecional.

Podría mencionarse como factores limitantes y de encuadramiento respecto de las competencias del ente regulador, al servicio mismo, a los derechos y deberes encomendados al prestador regulado, al ámbito geográfico o área concesionada o licenciada e incluso sería legítimo insistir en las necesidades derivadas del carácter de servicio público esencial.

Sin embargo, aún siendo absolutamente cierto, todo ello estará subordinado a dos realidades normativas que no pueden desconocerse: al regulador se le ha encomendado hacer todo lo necesario para proteger el interés público y se le han fijado fines a cumplir en su actuación, más que medios instrumentales.

Por ello, la limitante natural de la labor que los entes reguladores desempeñan es la doctrina de la especialidad⁹⁹⁰, en cuyos postulados se sustenta uno de los pronunciamientos judiciales más tras-

⁹⁹⁰ Cfr. CASSAGNE, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”)...”, página 767.

cedentes desde la creación de dichos organismos⁹⁹¹, y cuya virtud – la de la doctrina citada – consiste en establecer limitaciones materiales a las competencias de los entes reguladores sin impedir que los mismos desarrollen libre y discrecionalmente sus deberes y atribuciones.

La doctrina de la especialidad establece con claridad el ámbito de actuación de los organismos administrativos, asegurando a éstos la posibilidad de desarrollar sus potestades, pero dentro de un marco limitado por los fines de su creación. Esta doctrina acepta que los entes reguladores desarrollen o utilicen sus potestades como medios instrumentales, pero también impide a tales organismos ejercer dichas potestades fuera de las cuestiones vinculadas directamente con los servicios bajo regulación.

Es decir, las condiciones que legitiman la actuación de un ente regulador y que otorgan carácter obligatorio a sus decisiones son básicamente las siguientes:

- A. que el uso de una potestad cualquiera se aplique a cuestiones inherentes al servicio público – principio de la especialidad - y;
- B. que la regla de conducta establecida mediante la resolución de un conflicto, la aplicación de una sanción o mediante el dictado de una norma general, respete los principios básicos de un sistema jurídico preexistente – inderogabilidad de la norma superior por una inferior y de una norma general por una particular -.

Por ello debe adoptarse como fundamental la labor que la jurisprudencia puede realizar respecto de la delimitación del ámbito de actuación de los entes reguladores y los alcances de sus competencias, fijando parámetros de actuación y estableciendo hasta donde llega o cabe admitir un grado razonable de actividad regulatoria co-

⁹⁹¹ Cfr. C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos...”, *passim*.

mo variable de resolución de los distintos problemas que puede presentar cada mercado regulado.

Fundamentalmente, aparece como imprescindible definir el marco de actuación del sujeto regulador, especialmente cuando actúa como herramienta de actualización e integración de las cláusulas contractuales sujetas a innovaciones tecnológicas y como instrumento perfeccionador y prolongador de cláusulas contractuales y normas legales o reglamentarias abiertas o indeterminadas.

No vislumbramos otra solución más viable y segura que el análisis de cada caso concreto, puesto que, de sus conclusiones, irán surgiendo “reglas de conducta” a respetar por todos los actores de determinado mercado regulado, incluido – por supuesto – el regulador.

10. A MODO DE CONCLUSIÓN: LOS PRINCIPIOS ELEMENTALES PARA UNA POLÍTICA REGULATORIA EFICIENTE

Respecto de cualquier “sistema jurídico”, las estructuras institucionales, orgánicas y normativas no son suficientes para el correcto cumplimiento de sus fines, sin una utilización óptima y respetuosa de determinadas pautas básicas, las que, en definitiva, aparecen como principios universales de cuyo acatamiento depende el normal funcionamiento del “sistema”. Esas pautas básicas o principios generales del sistema, son la inspiración de lo que luego serán sus instituciones, sus organismos, sus normativas y sus actos individuales.

El sistema regulatorio de los servicios públicos esenciales participa de tal exigencia, motivo por el cual, luego de haber recopilado normativas, antecedentes e informes sobre la situación actual de tales servicios, a nivel nacional y regional, es factible esbozar, a modo de “principios”, las exigencias que a nuestro criterio deberían cumplirse inevitablemente, como requisitos previos a la construcción y puesta en funcionamiento de un verdadero sistema de regulación económi-

ca, si se pretende que, este último, responda a niveles adecuados de eficiencia, eficacia y sustentabilidad.

Previamente, es importante advertir con énfasis, que los principios que siguen no son fruto de una elucubración teórica sino que son el resultado de un prolongado estudio y reflexión de la realidad. Aún así, es posible que algunos de estos principios, una vez adoptadas determinadas medidas y decisiones, lleguen a convertirse, afortunadamente, solo en un mal recuerdo de “épocas pasadas”.

- a) El sistema debe inclinar las prestaciones hacia la competencia efectiva. Si existe..., defenderla; si no existe..., crearla; si no es posible..., simularla

Es fundamental avanzar para el establecimiento de niveles competitivos en aquellos mercados que lo permitan, a los efectos de mitigar las consecuencias del carácter “esencialmente” monopólico que presentan algunas actividades sujetas a regímenes de servicios públicos.

La regulación pública sobre servicios esenciales, cuando se desarrolla fundamentalmente a partir de “comparaciones competitivas” – sobre todo mediante las comparaciones entre prestatarios y servicios de similares características, sean de la misma o de distintas jurisdicciones -, permite un mejor manejo de la información, estimula la eficiencia en la conducción empresarial privada, mejora la asignación de recursos y actúa como un natural incentivo, con muy bajos costos para el sujeto regulador⁹⁹².

Con este fin, y para aquellos casos en que los procesos de transferencia al sector privado de los servicios o de renovación de contratos vigentes, se encuentren en trámite o próximos a iniciarse, es atendible la sugerencia de que los documentos a elaborarse en el

⁹⁹² Cfr. VICKERS y YARROW, *An Economic Analysis...*, página 101.

marco de tales procedimientos⁹⁹³, incluyan básicamente los principios elementales que habiliten técnica y legalmente, al regulador, a introducir paulatinamente niveles de competencia en el futuro.

Ello puede lograrse mediante la apertura y desregulación del mercado o, en caso de no ser ello posible ni conveniente, al menos simulando los efectos de la competencia. Adviértase que, en el primer caso, se estará ante un ejemplo de “regulación de estructuras”, y, en el segundo, ante la denominada “regulación de conductas”.

Al asegurar el máximo de competencia, “por” el mercado y “en” el mercado no solo se favorece la eficiencia, fruto de ese gran incentivo, sino que además se prepara el terreno para que la regulación sea más efectiva, lo que redundará en mayor transparencia para la gestión empresarial y la protección de los derechos de los usuarios.

Por los motivos indicados, en la doctrina especializada se recomienda atribuir a la actividad regulatoria del Estado la nota de la “subsidiariedad”, es decir, primero debe dejarse actuar a la “competencia”, como una regulación natural del mercado⁹⁹⁴, y luego, es decir, como un complemento subsidiario de aquello que debe ser satisfecho adecuadamente por los efectos de una competencia entre iguales, aparece la función de regulación del Estado.

Sin embargo, esta concepción, que compartimos con reservas, no implica en modo alguno negar la necesidad de regular las fallas del mercado para evitar la “falta de equidad” o las “ineficiencias”.

Jamás podría limitarse taxativamente la actividad regulatoria, pues antes que todo entendemos a la regulación como un arte y no como una ciencia⁹⁹⁵. De modo que, quien la practica no posee soluciones legales expresas para cada problema que se presenta, ni tam-

⁹⁹³ Nos referimos a los contratos de concesión, licencias, permisos y todo otro título habilitante; los regímenes tarifarios; los contratos de transferencia; etc.

⁹⁹⁴ Cfr. Pedro MALDONADO, *Análisis de la regulación eléctrica en América Latina*, documento de la Comisión de Estudios para América Latina y el Caribe (CEPAL)..., (puede consultarse en <http://www.eclac.cl>).

⁹⁹⁵ Vid. SOLANES, *Servicios Públicos y Regulación...*, página 17.

poco medios instrumentales específicos para cada caso. El "arte" de la regulación se advierte con nitidez al momento de llevar a la práctica lo que se ha denominado "pro-actividad" del regulador⁹⁹⁶, así como también a la hora de dar participación a los distintos sectores interesados, con la intensidad y en la oportunidad que las circunstancias aconsejen.

La "pro-actividad regulatoria", conforme lo que se estudiara en extenso más arriba, es la labor del regulador que se adelanta a los acontecimientos comunes de las actividades reguladas, sea para evitar que ocurra un hecho negativo, para atenuar al máximo posible sus efectos o para adelantar, retrasar, condicionar o reparar el campo para su ocurrencia. La pro-actividad regulatoria se adelanta al prestador porque advierte antes que él un problema cierto, aunque potencial, se adelanta también al usuario porque evita que dicho problema lo afecte o, en el peor de los casos, atenúa sus efectos negativos y, finalmente, supera también al mercado porque se adelanta a la "falla", corrigiéndola o mitigándola.

- b) Es fundamental respetar la independencia funcional del regulador

Los servicios públicos esenciales han tenido etapas históricas de evolución y otras de involución, tanto en nuestro país como en el resto de la América Latina y demás países en vías de desarrollo. Así es como, con el transcurso de los años y los gobiernos, tales servicios se han visto beneficiados por inversiones en algunos casos y en otros negados y olvidados hasta el abandono.

Con idéntica inestabilidad, en algunos casos y momentos de la historia, los servicios esenciales han sido atribuidos, para su operación, con exclusividad y exclusión de cualquier otra persona jurídica, al Estado, y en otros casos y tiempos, se encontraron sujetos a prin-

⁹⁹⁶ Cfr. MATA, "Noción actual del servicio público...", página 42.

cipios totalmente contrarios⁹⁹⁷, transfiriéndose casi masivamente, y sin demasiadas previsiones, al sector privado.

Durante los aproximadamente 150 años de vida institucional de nuestro país, se ha visto como se desplomaban los servicios esenciales, bajo la anarquía normativa y operativa, el abandono institucional y estructural, pero también, durante ciertas épocas, se los ha visto crecer y florecer, aunque nunca lo suficiente como para superar aquellas etapas de desmoronamiento.

A propósito de las referidas etapas de progreso y evolución que atravesaron los mencionados “servicios esenciales” en Argentina, durante los últimos años del siglo XX se pudo vislumbrar, por primera vez, el nacimiento de un verdadero “sistema jurídico”, que, respetando la titularidad estatal o reconociendo las indelegables incumbencias del Estado, postula transferir su gestión y prestación al sector privado y con instituciones de regulación especializadas, e independientes del gobierno y del prestador de turno.

En el funcionamiento del mencionado “sistema jurídico”, el regulador es una institución de coordinación general y particular que armoniza las distintas piezas asegurando un funcionamiento eficaz durante su desenvolvimiento. De manera que, cuando no se asegura el libre ejercicio de sus potestades, las del regulador, no solo se violenta el orden jurídico vigente, sino, peor aún, se atenta contra el “motor” que impulsa dicho sistema, pues se desconocen sus bases fundamentales, provocando graves y dañosas desarticulaciones internas que impiden alcanzar los objetivos generales propuestos, con todo lo que ello significa cuando se trata de servicios esenciales⁹⁹⁸.

⁹⁹⁷ Sobre el concepto del servicio público y su evolución histórica puede verse de CASSAGNE, *La Regulación Económica. Estudio Preliminar...*, *passim*.

⁹⁹⁸ Especialmente respecto de las potestades reglamentarias de los reguladores, el libre ejercicio de tal atribución permite y asegura la flexibilidad suficiente para adaptar el servicio y las regulaciones a los cambios del mercado en el campo económico, institucional y tecnológico. El tema ha sido desarrollado con claridad y solvencia por CASSAGNE, *La intervención administrativa...*, páginas 162 y ss. y también por SOLANES, *Servicios Públicos y Regulación...*, página 24 y ss.

Por ello, se ha expresado y afirmado insistentemente y énfasis en este trabajo, que es imprescindible para el buen funcionamiento del sistema, asegurar en la práctica el respeto estricto por la independencia del sujeto regulador, sea que la misma haya sido prevista legalmente o no, y, de haber sido prevista, cualquiera sean los términos de tal previsión.

Las notas de “independencia” y de “especialidad” son requerimientos o características que se complementan mutuamente. Los efectos positivos de la acción independiente del “regulador” sólo son visibles y aprovechables por el mismo en la medida que tenga la capacitación suficiente. Al tiempo que, la especialización rendirá sus frutos en el marco de una verdadera independencia funcional y financiera.

Ambas, “independencia” y “especialización” son las principales garantías que tienen los prestatarios y los usuarios de que, frente a sus inquietudes e intereses, se brindarán soluciones útiles, prudentes y equilibradas, al tiempo que constituye uno de los más importantes sustentos del sistema en su conjunto⁹⁹⁹.

No se trata de un mero mandato legal sino moral. No es sólo una conveniencia sino fundamentalmente una “necesidad”. Tampoco es una alternativa, es la única herramienta que asegura eficiencia y eficacia en las decisiones regulatorias.

- c) El seguimiento contable y financiero de las empresas y de los servicios es un aspecto clave en la “regulación”, que debe ser asumido sin retaceos por los prestatarios

Avanza con firmeza, pero no sin obstáculos, la idea de establecer un sistema de “contabilidad regulatoria”, mediante el cual se pre-

⁹⁹⁹ Sobre la independencia de los reguladores en la Argentina - con aplicación a cualquier otro país especialmente de América Latina - destacamos el trabajo citado en reiteradas oportunidades de COMADIRA, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al E.N.R.E., E.Na.R.Gas, ETOSS y CNT)...”, página 200.

vean principios y reglas propios y criterios de control diferenciados de los que se aplican en las normas contables comunes, cuando se trata de prestatarios de servicios públicos esenciales bajo regulación estatal.

Conforme este criterio las empresas deberían presentar su contabilidad al regulador en forma separada de sus cuentas comunes y de conformidad a los modos, formas y tiempos que el regulador predetermine¹⁰⁰⁰.

Desde cierto punto de vista, lo primero que autoriza a pensar, ideas como la de crear un sistema independiente de “contabilidad regulatoria”, es que los reguladores encuentran inconvenientes para obtener los datos necesarios que les permita conocer y formarse una opinión cierta sobre la condición económico - financiera del sujeto regulado, lo cual conduce de manera obligada y primaria a una reflexión sobre la eficiencia de la regulación y el respeto que existe respecto de las potestades de los entes reguladores.

En efecto, la necesidad planteada, de contar con un sistema de rendición contable especial, demuestra fallas en el acceso de los reguladores a la información necesaria para ejercer sus funciones, lo cual, indudablemente no es consecuencia de la modalidad de suministro de información sino de la falta de comprensión o de aceptación por parte del sujeto regulado respecto de la legislación que le es aplicable, y que, por otra parte, él mismo aceptó al momento de tomar el servicio.

El regulador debe auditar con una amplitud y profundidad mucho mayor, respecto de la que un auditor común realiza al accionar sobre cualquier otra actividad. Y debe además evaluar los niveles de rentabilidad del operador a los efectos de ejercer sus atribuciones en materia tarifaria, motivo suficiente para resaltar la necesidad de asegurar claridad y suficiencia a la documentación donde obra información sobre el estado contable y financiero de las empresas reguladas.

¹⁰⁰⁰ Cfr. SOLANES, Servicios Públicos y Regulación..., página 25.

Lo expresado, además de ser operativamente imprescindible constituye una exigencia legal, si tenemos en cuenta que el regulador actúa en base al principio de justicia y razonabilidad tarifaria¹⁰⁰¹. Los conceptos de “justicia y razonabilidad” y de “rentabilidad razonable” sólo pueden ser aplicados por el regulador - con certeza y seguridad - en la medida que tenga información veraz y suficiente sobre el estado contable y financiero de los regulados.

La noción que atribuye a la “regulación” el carácter de “mecanismo de incentivos”, a partir de la cual el regulador debe adoptar y exigir las medidas que induzcan al sujeto regulado a adoptar sus decisiones de precios, producción e inversión en un todo de acuerdo con el interés público, requiere un profundo conocimiento sobre las condiciones de costos existentes¹⁰⁰².

En definitiva, por todo lo expresado, es factible entender que la solución a las “asimetrías informativas” a que se expone un ente regulador, no pasa tanto por el establecimiento de una “contabilidad regulatoria” distinta de la común, sino por la aplicación efectiva de los principios y normas vigentes y su acatamiento de parte de los prestatarios, pues, en definitiva, siendo el problema de fondo la correspondiente “obediencia” a la autoridad reguladora, la creación de un sistema de contabilidad especial no solucionará tal deficiencia.

¹⁰⁰¹ En la Argentina el principio de justicia y razonabilidad tarifaria, así como el concepto de rentabilidad razonable, integran casi todos los marcos regulatorios dictados - para la distribución de energía eléctrica, de gas natural, de agua potable, etc. - y como país federal cada Estado Provincial dicta su propio marco regulatorio en muchos de los cuales encontramos ambos conceptos. En otros países de América Latina si bien no se ha legislado sobre el principio de justicia y razonabilidad tarifaria sí se profundizó legislativa y doctrinariamente sobre la “rentabilidad razonable”, como sucede en Chile, Bolivia y Colombia.

¹⁰⁰² Vid. VICKERS y YARROW, *An Economic Analysis...*, página 72 y ss.

- d) Los principios generales del Derecho forman parte de la práctica regulatoria y deben respetarse estrictamente

Parte de la doctrina viene desarrollando, desde un tiempo atrás, los criterios y mecanismos aptos para una correcta y funcional aplicación de los principios generales del Derecho al campo del derecho administrativo. En tal sentido, se ha expresado que “uno de los sectores que resulta más propicio para la aplicación de los principios generales del derecho es el derecho administrativo...” lo que se desprende de “... su propia naturaleza como rama no codificada ni codificable en su totalidad... de creación eminentemente pretoriana”¹⁰⁰³.

Los principios generales del Derecho introducen criterios de buena fe, razonabilidad, proporcionalidad, legalidad e igualdad, no obstante lo cual, su operatividad plena y especialmente su aplicación eficaz, depende en gran medida de la posibilidad legal que el regulador tenga para reglamentarlos, utilizarlos en el juzgamiento y resolución de conflictos y para el inicio y culminación de procedimientos de aplicación de sanciones.

Corresponde advertir también que, los principios generales del derecho, aplicados a la práctica regulatoria, coadyuvarían a construir criterios de regulación uniformes y estables, que trasciendan a las personas y los acontecimientos.

- e) La búsqueda del bien común debe realizarse con prudencia y respeto por la propiedad privada

El respeto por la propiedad privada constituye uno de los logros más importantes y trascendentes en la búsqueda del bien común. Sin perjuicio del destino universal de los bienes, cuando estos son adqui-

¹⁰⁰³ Cfr. Juan Carlos CASSAGNE, *Estudios de Derecho Público*, Editorial Depalma, 1995, Capítulo I, página 14.

ridos por una persona de modo justo - es decir, dentro de la legalidad - deben ser protegidos como tales¹⁰⁰⁴.

Sin embargo, aceptamos a renglón seguido que las necesidades de la convivencia¹⁰⁰⁵ y la utilidad común¹⁰⁰⁶ destacan y funcionalizan el fin social de la propiedad, siendo que las autoridades públicas deben equilibrar ambas funciones (individuales y sociales) de la propiedad privada y resolver todo conflicto entre las exigencias comunitarias y los derechos privados adquiridos¹⁰⁰⁷.

Tratándose de bienes de producción, estos "requieren los cuidados de sus poseedores para que su fecundidad aproveche al mayor número de personas. Los poseedores de bienes de uso y consumo deben usarlos con templanza reservando la mejor parte al huésped, al enfermo, al pobre". La autoridad política tiene el derecho y el deber de "regular" en función del bien común el ejercicio legítimo del derecho de propiedad¹⁰⁰⁸.

Si bien los empresarios deben considerar su carácter de medios instrumentales para la concreción del bien común, procurando cumplir tal objetivo y no sólo el de obtener ganancias, también es cierto que esas ganancias son necesarias. En primer lugar por un principio de justicia, y en segundo orden porque incentivan y "permiten realizar las inversiones que aseguran el porvenir de las empresas y garantizan los puestos de trabajo"¹⁰⁰⁹.

Se debe aceptar entonces que la propiedad privada no emana del Estado sino del orden natural; que el estado no puede ni abolir la propiedad privada ni agredir su libre disposición, uso y goce con

¹⁰⁰⁴ Ver y ampliar con seguro provecho para el lector, en *Catecismo de la Iglesia Católica*, 1992 (especialmente puntos 2402 y ss.).

¹⁰⁰⁵ Vid. Carta Encíclica *Quadragesimo Anno* (Pío XI, 1931).

¹⁰⁰⁶ Vid. Carta Encíclica *Populorum Progressio* (Pablo VI, 1967).

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ Cfr. *Catecismo de la Iglesia Católica* (Juan Pablo II, 1992), especialmente puntos 2405 y 2406.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, punto 2432 y ver también *Carta Encíclica Centesimus Annus* (Juan Pablo II, 1991), 48.

cargas tributarias irrazonables, desiguales e injustas; que debe proteger fáctica y legalmente el respeto por la propiedad privada y; que la función social de la propiedad privada exige una regulación razonable que oriente su uso hacia el bien común y que concilie los derechos existentes¹⁰¹⁰.

Nada impide conciliar el derecho individual a usar, gozar y disponer de la propiedad con el derecho comunitario a utilizarla con fines de bien común. La facultad natural de cada persona para adquirir y mantener derechos, debe equilibrarse con el derecho que tiene la sociedad en su conjunto, de la cual esa persona también forma parte, de obtener y mantener las condiciones necesarias para concretar el bien de todos, incluido el de cada persona en forma individual.

De manera que la razonable, equitativa y equilibrada limitación del derecho de propiedad en atención al bien común constituye uno de los requisitos más importantes para que el derecho de propiedad no sea un simple enunciado sino una atribución operativa de las personas. Sólo atendiendo los requerimientos del bien común podrá cada uno de los integrantes de la sociedad satisfacer sus intereses individuales. Pero, en idéntico sentido, cuando dicha limitación no es razonable, equitativa y equilibrada o proporcionada, se arremete sobre el propietario y a la sociedad que se beneficiaría con el uso que el mismo realizaría de dichos bienes.

Cuando el bien común no está satisfecho o al menos no se crearon las condiciones para su concreción, nadie podrá usar y gozar efectiva y libremente de su propiedad, simplemente porque no están dadas las condiciones para ello, aunque se le reconozcan, necia e inútilmente sus derechos¹⁰¹¹.

¹⁰¹⁰ Recomendamos la lectura sobre el tema, en general, de la doctrina social de la Iglesia Católica (citada anteriormente), y ampliar en SARMIENTO GARCÍA (Director), *Derecho Público...*, *passim*.

¹⁰¹¹ Puede consultarse un valioso estudio y desarrollo del tema en CASAGNE, "La intervención administrativa"..., *passim*.

En materia de servicios públicos, debe asegurarse a los prestatarios privados tarifas justas y razonables que permitan cubrir los costos de las prestaciones y obtener una ganancia razonable¹⁰¹². Se trata de un principio lógico y natural en el desarrollo de cualquier actividad económica, sea que, luego, la misma haya sido o no calificada como servicio público.

La ganancia razonable no es una “concesión” contractual que una de las partes realiza a favor de la otra, sino uno de los objetivos o fines que, legítimamente, impulsa a una de las partes – el concesionario o licenciatario – a ofertar por la “concesión” o “licencia”, participar de una selección pública, ser adjudicado y acordar y suscribir un contrato.

Ahora bien, así como es necesario cubrir con las tarifas, suficiente y adecuadamente, los costos de las prestaciones, los riesgos anormales fruto de circunstancias de tiempo y lugar y la ganancia razonable, de ninguna manera debe permitirse la incidencia sobre las tarifas y sus regímenes, ni de factores vinculados al riesgo normalmente asumido por el empresario ni factor alguno que no se vincule directamente a sus costos. Tampoco debe permitirse que los sobre costos derivados de las ineficiencias se trasladen a los usuarios.

Se necesitan “marcos regulatorios apropiados para garantizar que las tarifas se aproximen a soluciones competitivas, y en especial, debe asegurarse que la mayor eficiencia que deriva paulatina e inevitablemente de los procesos de privatización realizados con normas de calidad y regímenes tarifarios adecuados o de la mayor competencia en el mercado, se trasladen efectivamente a los consumidores”¹⁰¹³.

¹⁰¹² Así es como lo dispone expresamente los marcos regulatorios elaborados en la Argentina, para la mayor parte de los servicios esenciales. No obstante lo cual, el contenido de los títulos habilitantes reduce significativamente la utilidad de los requerimientos de “justicia”, “razonabilidad” y “ganancia razonable” al incluir regímenes tarifarios cuyas metodologías de cálculo y actualizaciones tarifarias no tienen en cuenta tales exigencias y hacen depender los valores a cobrar a los usuarios de simples ecuaciones económicas.

¹⁰¹³ Vid. OCAMPO, “Más allá del consenso de Washington: una visión desde la CEPAL...”, *passim* (Ver también Torence R. LEE and Andrei S. JOURAU-

Asimismo, cuando las tarifas conllevan un cargo adicional al costo de las prestaciones y de la ganancia razonable del prestador, especialmente destinado a tareas de eficientización o a infraestructura básica, es imprescindible una explicación clara y fundada a los sectores políticos y sociales.

Respecto de las circunstancias extraordinarias que rodean al servicio y requieren de revisiones especiales de los aspectos económicos o técnicos acordados contractualmente, corresponde advertir de manera especial respecto de la impostergable necesidad de, no sólo realizar una utilización justa del “dinero público” sino además, y fundamentalmente, “transparente”¹⁰¹⁴.

Para ello, en el campo de los servicios esenciales, las revisiones extraordinarias de tarifas deben limitarse a hechos y actos impredecibles e inevitables, realizando un estricto análisis del cumplimiento de esas dos condiciones y exigiendo verdaderos fundamentos que sustenten toda petición por parte de los inversores, con la carga de la prueba sobre estos últimos. Lo más importante es la eliminación de lo que se conoce como “garantías implícitas”, es decir, la percepción de que los proyectos privados que fracasen serán rescatados por el “sector público”¹⁰¹⁵.

En muchos países de la región latino americana, a veces con absoluta buena fe y otras no, subsiste la creencia de que proteger exagerada e injustamente al inversor es un medio de retenerlo e incentivarlo para que realice nuevas inversiones. En realidad, toda arbitrariedad contribuye a desacreditar la imagen de la región provocando la “fuga” de inversiones sustentables, con los perjuicios que ello significa en el marco estadístico expuesto más arriba.

LEV, “Regulation”, documento de la Comisión de Estudios para América latina y el Caribe (CEPAL), Organización de las Naciones Unidas, agosto, 1998, *passim*. Este estudio puede consultarse en <http://www.eclac.cl>.

¹⁰¹⁴ Ver y ampliar en OCAMPO, “Más allá del consenso de Washington...”, página 7.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, página 7/9.

- f) Los usuarios deben poder defender por sí mismos sus derechos e intereses y el sistema debe asegurarles los instrumentos necesarios para ello

La participación de los interesados durante los actos y hechos de los distintos procedimientos que se inician en el marco de la regulación estatal sobre los servicios esenciales, adquiere importancia fundamental desde que la pluralidad de intereses existe, e inevitablemente condicionan al sujeto regulador. Tal pluralidad exige, en el “sujeto regulador”, una actitud hacia la apertura y la conciliación, pues, cualquiera sea la materia y tema que se trate, es imprescindible equilibrar los intereses sectoriales que pretenden legítimamente ser oídos, reconocidos y satisfechos.

Por otra parte, las denominadas “externalidades” de los servicios públicos – un concepto desarrollado indistintamente en el ámbito jurídico¹⁰¹⁶ y en el económico¹⁰¹⁷, respecto del cual se procuró profundizar más arriba – facilitan e impulsan la aparición de terceros, cuyos intereses no se vinculan directamente al servicio mismo, pero que se ven afectados personal, institucional o sectorialmente por las decisiones regulatorias y las modalidades que adquiera la actividad regulada.

A los efectos de cumplir tal participación, los usuarios deben ser informados permanente y acabadamente sobre aspectos económicos, financieros, jurídicos y técnicos de las prestaciones, tanto por parte del regulador como, primaria y fundamentalmente, desde el prestador. Esto último, especialmente teniendo en cuenta que el

¹⁰¹⁶ Especialmente en MATA, "Noción actual del servicio público" en Jornadas Jurídicas del Servicio Público de Electricidad..., *passim*. En el mismo sentido, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, y para el desarrollo de temas varios sobre la economía de la regulación, sugerimos con seguro provecho la lectura de Paul DEKOCK, “Economic Regulation”, documento de la Comisión de Estudios para América latina y el Caribe (CEPAL), Organización de las Naciones Unidas, 1999, *passim* (puede consultarse en <http://www.eclac.cl>).

¹⁰¹⁷ Cfr. VICKERS y YARROW, *An Economic Analysis...*, especialmente página 72 y ss.

monopolio sobre la prestación de los servicios o la apertura generalmente limitada a unos pocos prestatarios, se traduce o implica inevitablemente, en el mismo monopolio o apertura limitada, respecto del acceso y utilización de las estadísticas, datos y demás informaciones de los servicios.

Los mandatos de naturaleza constitucional y legal, jamás podrán cumplirse si no existen los mecanismos suficientes que de manera ágil, completa y continua, aseguren al usuario y al regulador el manejo de la información suficiente. La falta de operatividad de esas normas - constitucionales, legales y contractuales - no solo significa la inoperatividad del orden jurídico vigente, lo cual de por sí ya es grave, sino además la absoluta desprotección del ciudadano y la ineficacia de la regulación.

Los efectos de la falta de información que sufre el sujeto a cargo de la regulación, y concomitantemente los usuarios, se manifiestan en una “pérdida global del bienestar social” por lo cual, especialmente el regulador debe poner fática y legalmente a su alcance todos los métodos y fuentes de información posibles.

Lo más importante - y difícil al mismo tiempo -, será obtener información transparente, calificada y confiable, es decir alcanzar niveles de “calidad” en los datos y documentos que se obtienen y utilizan para la adopción de decisiones, puesto que, la información cuantiosa y excesiva no sólo es inútil sino que además atenta contra la eficiencia en su análisis. Reunir y analizar demasiada información no confiable puede llevar a errores en las decisiones regulatorias o derivar en gestiones improductivas¹⁰¹⁸.

Asegurar al usuario una información adecuada le permite disponer de los medios e instrumentos suficientes para ejercer por sí mismo, sin necesidad de acudir a asociación civil ni organismo público alguno, los derechos que las normas constitucionales, legales

¹⁰¹⁸ Cfr. JOURAVLEV, "La regulación económica de empresas de agua potable y alcantarillado", documento preparado para el Primer Curso-Seminario Internacional sobre Provisión y regulación de Servicios de Infraestructura, Santiago, 1999 (ver el documento completo en <http://www.eclac.cl>).

y/o contractuales le atribuyen. Al mismo tiempo, será necesario prever procedimientos ágiles y transparentes, suficientes para que cada uno de los usuarios pueda por sí mismo, obtener soluciones inmediatas a sus problemas y respuestas suficientes a sus inquietudes.

- g) El sistema debe contemplar los mecanismos aptos y suficientes como para contemplar el acceso a los servicios de los sectores sociales en precarias condiciones económicas

Cuando se analizan cifras "macro" comienza a comprenderse el problema de la pobreza en el mundo, y, lamentablemente, la primer reacción lógica es un profundo estado de preocupación e incertidumbre por lo que vendrá. La situación en Argentina, y en la mayor parte de América latina, merece la mayor atención por parte de los gobiernos de Estado, así como también por parte de quienes administran las empresas, las asociaciones civiles involucradas y de los ciudadanos en particular.

En el mundo, mas de mil quinientos millones de personas carecen de agua potable (se calcula que dentro de veinte años habrá mas de dos mil millones de personas con escasez crónica de ese recurso), mas de dos mil millones de personas carecen de servicios de saneamiento o alcantarillado y la misma cifra vive y desarrolla sus actividades sin energía eléctrica. Más arriba se abordó de manera amplia y fundada la problemática específica de nuestro país, de donde es posible advertir que millones de personas carecen de servicios esenciales o acceden a los mismos de modos "no seguros".

Asimismo, también hubo oportunidad en este trabajo para advertir y desarrollar con anterioridad las irrazonables y desiguales distorsiones de naturaleza económicas, al punto que, respecto de uno de los servicios públicos esenciales como es el suministro de agua potable, íntimamente vinculado a la vida y al ambiente, la Comisión

Mundial del Agua para el Siglo XXI¹⁰¹⁹ informa que para recibir agua apta para consumo humano la gente “pobre” paga un precio que en promedio supera en 10 veces al que paga la gente “rica”¹⁰²⁰.

Ningún país latinoamericano puede jactarse de tener a la totalidad de su población suministrada correcta y suficientemente con energía eléctrica, gas, agua y alcantarillado¹⁰²¹. Tampoco es posible asegurar que el sistema de cobro por los servicios responde a elementales principios de equidad y justicia.

La cuestión económica aquí planteada se encuentra fuertemente vinculada a un problema de infraestructura, pues a esas zonas no llegan las redes y por lo tanto el agua es suministrada por vendedores circunstanciales que en muchos casos extraen el agua directamente de los ríos y de otras fuentes desconocidas. Por lo general agua sucia y contaminada..., en todo sentido. Son "demasiado" frecuentes y numerosas las muertes derivadas de la falta de higiene o la higiene insuficiente, en también "demasiados" lugares del mundo.

¹⁰¹⁹ Creada en el marco del proceso denominado Visión Mundial del Agua a mediados de 1998, justamente para realizar investigaciones sobre la situación de ese recurso en la actualidad y las previsiones futuras (la referida Comisión es presidida por Ismael Serageldin, vicepresidente de la división de programas especiales del banco Mundial).

¹⁰²⁰ Al sólo efecto de formar una idea, advertimos que, en Argentina, una familia de escasos recursos, sin acceso al sistema de distribución de gas natural por red, paga por una “garrafa” entre 5 y 10 veces más de lo paga una familia de clase alta, con acceso al sistema de distribución por red. En Lima, Perú, una familia pobre paga por un metro cúbico de agua 3 dólares, es decir 20 veces más de lo que paga una familia de clase media. Similar situación encontramos en algunos sectores de Cali, en Colombia y de Guayaquil en Ecuador.

¹⁰²¹ El Banco Mundial ha dedicado gran parte de sus tareas investigativas a estudiar la situación de la infraestructura de los servicios públicos en los países en vías de desarrollo, concluyendo algunos de sus trabajos en datos realmente alarmantes (como referencia sugerimos la lectura, con seguro provecho para el lector, del “Report on the Second Workshop on Private Participation in Water Supply and Sanitation Utilities in the Americas” - Costa Rica - 1998 (puede consultarse el documento en <http://www.worldbank.org>).

Los Gobiernos de Estado deben enfrentar con seriedad y prevención el problema que significa la pobreza en el mundo. Igualmente, ninguna empresa podrá lucir voluntad solidaria ni ánimo de colaboración si no coadyuva con todos los recursos a su alcance para combatir con éxito los alarmantes efectos que la pobreza anuncia. Ni uno ni otro merecerá el mote de "gobierno" o de "empresa", pues el fin de bien común es una estrella guía del accionar gubernamental y también del empresario, más aún cuando desempeña sus roles como colaborador del Estado¹⁰²².

En tal contexto las empresas y los gobiernos de los Estados deben acordar los instrumentos que permitan cubrir las necesidades de servicios de la gente que no está en condiciones económicas de enfrentar el costo de los mismos. Es imprescindible hacer primar valores como la solidaridad y cooperación mutua¹⁰²³ para que los usuarios pudientes, el Estado, y los prestatarios acuerden los métodos y medios para auxiliar a este sector social.

Al respecto, dejando de lado creencias personales e ideologías, es conveniente reconocer que, en general, las empresas de propiedad estatal no realizaron jamás un estudio fundado sobre la situación social, potencial económico, condiciones de la vivienda, niños en edad escolar, hábitos y costumbres de uso y consumo de los servicios esenciales y demás datos representativos de los usuarios del servicio, a los efectos de conocer con la mayor exactitud posible cuales de ellos se encontraban en condiciones de abonar los servicios que recibían y cuales no reunían esas condiciones.

¹⁰²² Sobre el carácter de colaboradores del Estado que asumen las empresas que contratan con él, véase Juan Carlos CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, capítulo I (y bibliografía allí citada) y Rodolfo Carlos BARRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, *passim*.

¹⁰²³ Expresa Juan Pablo II en Catecismo de la Iglesia Católica que la vida en comunidad debe ser presidida por "... una justa jerarquía de valores y con vistas al bien común".

Claro que esto no constituía una necesidad desde que jamás ejercitaron, aquellas empresas públicas, metódica y sistemáticamente la potestad de exigir la correspondiente retribución por los servicios que prestaban. Ni tampoco ejercieron la facultad - que también y primero que todo es un deber - de cortar o suspender los servicios por falta de pago¹⁰²⁴.

Todo lo cual acarrearía, con el tiempo, graves efectos negativos sobre la seguridad, regularidad y continuidad de los servicios, sin perjuicio de la impune trasgresión al principio de igualdad que integra nuestros ordenamientos jurídicos, y que además forma parte de los principios generales del Derecho.

A partir de las privatizaciones de las empresas creadas para prestar los denominados "servicios públicos", se ha planteado la necesidad de llevar a la práctica esas potestades sobre los usuarios que reciben los servicios y no los pagan. Especialmente teniendo en cuenta que ello no solo atiende a una cuestión legal, sino también de respeto hacia aquellos usuarios que periódicamente abonan los servicios que reciben - principio de igualdad -.

Ahora bien, igual razones de legalidad y conveniencia - y de igualdad entre iguales -, se deben esgrimir para exigir soluciones justas y efectivas para aquellos que no pueden - ni deben por razones de bien común - dejar de recibir los servicios, y que sin embargo no se encuentran en condiciones de pagar por ellos, todo lo cual, como decíamos, se vincula a razones de equidad, según el concepto manejado por la Corte Federal de la República Argentina, y ayuda a legitimar, y sustentar la vigencia del sistema¹⁰²⁵.

La lucha contra la pobreza es uno de los desafíos más importantes que deben enfrentar los Estados en este tercer milenio y para ello es sumamente importante reunir información calificada y feha-

¹⁰²⁴ Justamente es esta una de las causales que quebraron la ecuación económica de los prestatarios estatales afectando gravemente el interés público.

¹⁰²⁵ Cfr. OCAMPO, "Más allá del consenso de Washington...", páginas 7 a 10.

ciente que permita identificar, con la mayor precisión posible, los sectores de la sociedad cuyas condiciones económicas le impiden cumplir total o parcialmente sus obligaciones sociales.

A la información suficiente y veraz se suma la necesidad de construir un verdadero sistema de distribución económica en el ámbito de los servicios esenciales, a los efectos de asegurar iguales condiciones de servicios para todos los sectores sociales y, especialmente, la plena accesibilidad a sus beneficios por parte de sectores carenciados. Ello teniendo en cuenta, además de los aspectos sociales básicos, que la producción de eficientes efectos distributivos, genera crecimiento económico y se traduce, definitivamente, en empleos productivos y mejores salarios, a través de las correspondientes políticas sociales¹⁰²⁶.

Finalmente, en la práctica es sumamente importante fortalecer el concepto de “usuario potencial”, es decir aquel que aún no tiene servicios, total o parcialmente, por ausencia de infraestructura y aguarda la realización de las obras e inversiones para obtenerlos. El “usuario potencial” debe formar parte de los marcos regulatorios, de manera expresa, debe integrar las bases de datos de los organismos públicos de planificación, así como también de los entes reguladores y de los prestadores, y debe tener y ejercer los mismos derechos que un usuario actual.

Asimismo, todavía en el ámbito de los usuarios potenciales, la falta de previsiones normativas sobre la expansión de los servicios - para asegurar que estas se realicen con sujeción a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, justicia y equidad -, significa violentar los elementales principios que rigen durante la prestación de los denominados “servicios públicos”, por lo cual toda medida regulato-

¹⁰²⁶ La Comisión de Estudios para América Latina y el Caribe (CEPAL), efectúa una invaluable labor en lo que respecta a brindar información social y económica y en la generación de ideas que sustenten políticas públicas sobre el tema. Para no abundar en citas, mencionamos el Estudio Económico de América Latina y el Caribe, Cincuenta años de pensamiento en la CEPAL especialmente el Volumen II) y Macroeconomía, comercio y finanzas para reformar las reformas en América Latina de Ffrench - Davis (consultar en <http://www.eclac.cl>).

ria debe incentivar no sólo una mayor calidad en las prestaciones sino también la expansión de la cobertura¹⁰²⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, al resolver la causa “Girolodi”¹⁰²⁸ expuso valiosas consideraciones sobre los alcances de los deberes del Estado, tanto en lo que hace al reconocimiento del orden jurídico vigente como respecto al mantenimiento y operatividad del mismo.

Al respecto, es oportuno destacar que, tal como expresa el Alto Tribunal en la causa citada “... garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce¹⁰²⁹. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1º.1 de la Convención”.

¹⁰²⁷ Vid. Thobani MATEEN, “Private Infraestructure”, en *Public Rista Firmanance and Devolopment*, March, 1999.

¹⁰²⁸ Es realmente valioso el pronunciamiento citado por la consistencia de sus argumentos, pero especialmente por su audacia (ver y ampliar en C.S.J.N., “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación – Causa N° 32/93”, del 7 de abril de 1995). Más recientemente, el mismo tribunal profundizó los conceptos esgrimidos en “Girolodi”, acentuando los deberes encomendados al Estado por la Constitución Nacional y advirtiendo sobre la operatividad de los mismos (ver y ampliar con seguro provecho en C.S.J.N., “Lavado Diego J. y otros c. Provincia de Mendoza y otro, del 6 de septiembre de 2006, *Digesto Jurídico del 18/10/2006*, 486, *Sup. Penal 2007 (abril)*, 27).

¹⁰²⁹ Ver y ampliar con la “Convención Americana de los Derechos Humanos”, incorporada al ordenamiento jurídico argentino mediante Ley 23.054 (1983) y con “jerarquía constitucional” desde 1994.

- h) La transparencia, uniformidad y estabilidad del régimen tributario aplicable a los servicios públicos esenciales constituye un factor de seguridad jurídica y económica

Es imprescindible y urgente asegurar estabilidad y uniformidad fiscal, de manera que los servicios públicos no se vean sometidos a la pluri-jurisdiccionalidad que en algunos casos, perniciosamente, suele caracterizar al sistema tributario. La Corte Federal de la República Argentina maneja el concepto de la pluri-jurisdiccionalidad para referirse a los casos en que el prestador de un determinado servicio público se encuentra sujeto a reglamentaciones, sanciones, juzgamientos y contralores que provienen de dos o más autoridades públicas, con el agravante de que dichas autoridades pertenecen a jurisdicciones distintas¹⁰³⁰.

Si bien la actuación de distintas jurisdicciones sobre una misma actividad es nociva en todos los casos, cuando se trata de servicios públicos esenciales y la materia sometida a diferentes jurisdicciones es la tributaria, se produce una cuestión de especial gravedad, atendible desde los principios de la seguridad jurídica, pues, como es sabido, lo tributario afecta aspectos económicos – financieros de las prestaciones por formar parte de la estructura de costos de la empresa.

Tal circunstancia, en el caso de actividades económicas como los servicios públicos esenciales, respecto de las cuales existen tarifas reguladas por el Estado, esa estructura de costos es conformada y aprobada cada determinados períodos de tiempo – 6 o 12 meses, 5 años, etc. –, de modo que la mera posibilidad de que en el transcurso de un período tarifario se agreguen costos a la ecuación económi-

¹⁰³⁰ Al respecto, hemos citado anteriormente numerosa jurisprudencia sobre el tema, especialmente de la Corte Federal Argentina, y nos detuvimos para analizar el concepto de la pluri-jurisdiccionalidad del servicio público (cfr. C.S.J.N., “S.A. Compañía Argentina de Teléfonos V. Provincia de Santiago del Estero”, Fallos 250:154 (especialmente voto del Ministro Dr. Julio Oyhanarte). Ver también Fallos 257:159 (Compañía Argentina de Teléfonos, S.A. c/ Provincia de Mendoza (1963).

ca del servicio, no previstos al fijar los ingresos correspondientes, genera un altísimo grado de inseguridad jurídica y económica.

Por ello es fundamental velar para que todo tributo existente o a crearse respete la normativa constitucional vigente en cada país y obviamente las demás normativas de naturaleza legal o reglamentaria.

En algunos países los procesos de transformación y transferencia al sector privado de los servicios públicos esenciales fueron acompañados por la revisión y consecuente modificación o adecuación de regímenes tributarios vigentes, cuyas reglas y disposiciones, así como los procedimientos, eran absolutamente contrarias a normas constitucionales y a la razonabilidad y proporcionalidad debida en la materia.

Ahora bien, en muchos casos también, el acomodamiento de las estructuras tributarias a las cláusulas Constitucionales - o simplemente a criterios tributarios básicos como la legalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad -, significó quitarle a las autoridades locales recursos que percibían pero cuya percepción era a todas luces inconstitucional o contrario a derecho y justicia, lo que aparejó en su momento prolongados y encendidos debates, incluso de orden parlamentario¹⁰³¹.

La importancia de esto se visualiza al advertir que siempre es el usuario quien, directa o indirectamente, debe asumir el costo de las tasas e impuestos que el Estado Nacional, los estados provinciales y los municipios crean o imponen. Errónea o inocentemente, se pretende hacer creer, a veces, que la imposición de tales tributaciones recae sobre los prestatarios, sin advertir que, mediante su mención explícita en la facturación del servicio al usuario final o mediante su

¹⁰³¹ En el caso de la República Argentina, país federal, se suscitan permanente conflictos entre autoridades provinciales y prestadores nacionales y entre autoridades municipales y prestadores nacionales y provinciales. Dichos conflictos llegan en la mayoría de los casos a la justicia, sea porque los documentos contractuales y legales no son lo suficientemente claros o porque existe un negligente y desinteresado tratamiento del tema en la etapa de negociación.

inclusión implícita en los valores tarifarios, la “tasa” o el “impuesto” es un costo que, como el prestatario no tiene porqué asumir, termina recayendo sobre el usuario del servicio.

De manera que, a los principios básicos de orden tributario – legalidad, razonabilidad, proporcionalidad e igualdad – es siempre oportuno y beneficioso agregar, para las actividades bajo regulación del Estado por su directa vinculación con las necesidades básicas de la población, la jurisdicción única en materia de creación e imposición tributaria. Todo lo cual hace fundamentalmente a la seguridad jurídica.

- i) Concentrar el “ejercicio” de la mayor parte de competencias sobre los servicios en el sujeto regulador, previendo la “participación” necesaria de otros organismos e instituciones

A nuestro criterio, el principio general debería recomendar la máxima concentración posible del ejercicio de potestades públicas vinculadas o dirigidas, directa e indirectamente, a una actividad sujeta a un régimen de servicio público, y este principio adquiere notoriedad cuando se trata de ejercer la función regulatoria sobre tales actividades, a través de un organismo con niveles específicos de independencia y especialización.

Con lo expresado se pretende abarcar y referir todos los aspectos y ámbitos en que se desarrollan los servicios bajo regulación, tanto los vinculados con la contabilidad y el estado financiero de los prestatarios como con el cumplimiento de requerimientos jurídicos.

Así también, desde el punto de vista técnico, es imprescindible evitar la “dispersión orgánica de competencias” en lo que hace a la planificación, reglamentación, control y seguimiento de la gestión comercial y la operación de los servicios, del cumplimiento de parámetros ambientales, la concreción de obras e inversiones y de los contratos de suministro realizados por el prestador con terceros.

También exclusivamente a cargo del regulador designado deben dejarse algunos aspectos de índole económico como el sistema de remuneración¹⁰³², el acceso de terceros a las instalaciones del prestador principal y las expansiones necesarias y convenientes.

El acceso de terceros a las instalaciones del prestador es un tema íntimamente vinculado a la introducción de competencia en las actividades, de manera que, las acciones para obtener su concreción práctica y legal, así como el análisis particularizado de los casos en los cuales corresponde admitirla y aquellos en los cuales corresponde rechazarla, debe confiarse exclusivamente a quién demuestre y asegure conocimiento sobre la realidad del servicio, independencia de los sectores interesados, visión planificadora y especialización en las decisiones finales¹⁰³³.

Sin perjuicio del respeto que merece la importante doctrina que argumenta en contra de las excesivas concentraciones de competencias y potestades en los sujetos reguladores¹⁰³⁴, es oportuno insistir sobre las notas positivas que derivan sobre los servicios y los usuarios de “reunir” en el mencionado sujeto la mayor cantidad posible de actividades vinculadas a los servicios públicos esenciales.

Como sustento de esta discutida postura, se advierten sobre los antecedentes similares, en las atribuciones que ejercen algunas de las comisiones reguladoras en los Estados Unidos del Norte de América.

¹⁰³² Este es seguramente uno de los ámbitos más sensibles a los intereses sociales, políticos y económicos. No obstante, una solución posible puede ser fijar reglamentaria y/o contractualmente el régimen o sistema de tarifación de los servicios, dotando al regulador de las potestades suficientes para reglamentar aspectos más específicos, llevarlo a la práctica y adaptarlo a principios de razonabilidad y justicia, de manera que se asegure al prestador una rentabilidad razonable.

¹⁰³³ Al respecto, un antecedente importante recordamos en la comisión reguladora de la energía de los Estados Unidos de América del Norte, la Federal Energy Regulatory Commission (FERC) que mediante orden 888 dictó “Promoting Wholesale Competition Through Open Access Non-discriminatory Transmission Services by Public Utilities”. Este reglamento o “procedimiento” demuestra la amplia libertad que poseen allí las comisiones reguladoras sobre el tema.

¹⁰³⁴ Cfr. SOLANES, *Servicios Públicos y Regulación...*, página 21.

Al respecto, y en idéntico sentido, también corresponde destacar que en los distintos marcos regulatorios aprobados para los servicios públicos de nuestro país, es notoria la inclinación hacia tal concentración de competencias y potestades en los denominados “entes reguladores”, aún cuando al momento de ejercerlas, no siempre son aceptadas y respetadas por los distintos actores del sistema.

En la medida que existan controles estrictos sobre el regulador y que en el desarrollo de sus actividades se respeten los principios de publicidad y participación, no deberían vislumbrarse, fundadamente, riesgos de abusos en el ejercicio de las competencias por parte de los “entes reguladores”, cuando existe una marcada concentración en ellos de las funciones de regulación y fiscalización. Y esto es así, especialmente, si se tiene en cuenta cómo favorece tal circunstancia la agilidad y eficiencia en la toma de decisiones.

No es posible finalizar este título sin advertir que la concentración de competencias sugerida, exige tener en cuenta y construir un especial sistema de control sobre el regulador mismo. Al respecto, los entes reguladores creados en nuestro país, hasta el momento son controlados como se controla a cualquier funcionario público.

Por el contrario, y teniendo en cuenta la naturaleza diversa de las competencias asignadas a los “entes reguladores” y la discrecionalidad con que deben, inevitablemente, ejercerse las mismas, lo óptimo sería que tales instituciones estén sujetas a un organismo de fiscalización que reconozca a la regulación como arte, creativo y espontáneo, y que juzgue los actos, hechos y omisiones sucedidos o dictados en el marco de la función de regulación sobre un servicio esencial, atendiendo, en cada caso, si se han alcanzado los objetivos de la regulación y su fin último, es decir: concretar total o parcialmente el bien común.

El sector o área de la auditoría, tribunal, sindicatura - o cualquiera sea el nombre del organismo fiscalizador administrativo -, a cargo del control de un sujeto regulador, “entes reguladores” en Argentina, debería tener la especialización suficiente y los conocimientos adecuados como para juzgar con acierto la discrecionalidad que

todo regulador ejerce para llevar adelante el arte que se le ha encomendado.

- j) Es necesario exigir un estricto respeto por los principios de transparencia y simplicidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de la función de regulación

Tanto en materia económica – financiera como de gestión técnica y comercial, la realidad exige, cada vez más, que las acciones de los poderes públicos respondan a elementales principios de publicidad y transparencia¹⁰³⁵, muy especialmente en el marco de la “democracia participativa” implementada a partir de la reforma constitucional del año 1994 y que paulatinamente alcanza mayores grados de funcionalidad¹⁰³⁶.

El principio de la transparencia se desarrolla y concreta con eficacia mediante el uso continuo de dos instrumentos fundamentales: la publicidad y la simplicidad. El primero de ellos, la publicidad, implica no sólo permitir el pleno conocimiento por parte de los ciudadanos, de los actos y hechos de la administración, sino admitir y facilitar su participación en instancias previas a la toma de decisiones definitivas¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ La transparencia en el accionar de los poderes públicos es una exigencia ineludible, a punto tal que algunas legislaciones lo han recepcionado como principio legal de actuación, como es el caso de la Ley de Contrataciones del Estado de la Provincia de Salta, Argentina (Ley N° 6.838 del 7 de marzo de 1998).

¹⁰³⁶ La simple lectura de los artículos 36°, 39°, 41°, 42° y 43°, entre otros, deja entrever la importante presencia que los ciudadanos “puede” tener en la administración y decisión de los asuntos que hacen al interés general. Decimos “pueden” porque la operatividad de tales cláusulas constitucionales dependerá de la voluntad participativa y el aprendizaje.

¹⁰³⁷ En muchos países de Latino América se utiliza con frecuencia la modalidad de la audiencia pública para que los entes reguladores escuchen a los usuarios antes de tomar decisiones en temas que involucran al ambiente y los recursos naturales, obras e inversiones, modificaciones o ajustes tarifarios, etc., incluso en países como Argentina, Brasil y Colombia las audiencias públicas son obligatorias en muchos casos. Lo importante sería que no sólo en el campo de los servicios

El principio de simplicidad es aquel en virtud del cual, se exige que toda presentación pública de los asuntos bajo tratamiento por organismos administrativos, sea clara y entendible para el ciudadano común. Además, deberá preverse la correspondiente explicación allí donde sea imposible utilizar un lenguaje común o cuando deban utilizarse términos netamente técnicos.

Asimismo, los principios de transparencia y simplicidad no se satisfacen solamente con la fundamentación de los actos y el cumplimiento de formalidades procedimentales, pues nada de ello sirve si no es acompañado por la puesta a disposición de cada ciudadano, de los documentos que sirvieron de fuente para la realización de los trabajos publicitados. Igualmente, deben, en cada caso, acompañarse por eventuales interpretaciones totales o parciales, en caso de tratarse de documentos técnicos, y, en todos los casos, debe citarse y describirse las fuentes.

Es decir que, en virtud de éstos principios, todos los temas vinculados a un servicio que pretende satisfacer necesidades esenciales deben ser tratados de tal modo que el universo de los usuarios puedan no solo conocerlos (principio de publicidad) sino, más importante aún, comprenderlos. En el caso de la Argentina, la Constitución Nacional dispone que la información que manejan y transmiten los prestatarios de servicios públicos debe ser "... adecuada, cierta y veraz" (artículo 42°). Normas similares se advierten en las constituciones de Perú, Colombia, Chile y Costa Rica.

Lo importante será evitar la existencia de motivos fundados para colocar bajo sospecha cierta, tanto la transparencia como los fines públicos de las acciones del regulado y del regulador, pues en materia vinculadas a los denominados servicios públicos, rige más que nunca aquella "real" enseñanza sobre que "no solo hay que ser, sino también parecer". La discrecionalidad solo es aceptada por la sociedad cuando quien la ejerce genera credibilidad y confiabilidad.

públicos domiciliarios se utilizara esta técnica de participación sino también en ámbitos como la salud pública y la educación.

Los capítulos siguientes se ocuparán para, en primer lugar, mencionar y comentar los avances (o retrocesos) jurisprudenciales de nuestro país, para lo cual presentaremos los pronunciamientos judiciales más importantes y trascendentes, emitidos por distintos tribunales, incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En segundo lugar, se esbozarán unas breves palabras finales, a modo de conclusión.

CAPÍTULO XII
TENDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN Y DE LOS TRIBUNALES INFERIORES
SOBRE LOS ENTES REGULADORES

1. EL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ENTES REGULADORES EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

En este Capítulo se profundizará el análisis de algunos pronunciamientos judiciales que se han considerado “significativos” para el objeto de este estudio, más allá de su mayor o menor categoría jurídica, en cuanto a la coherencia interna y fundamentaciones, y de las posibles contradicciones entre los argumentaciones y conclusiones de distintos fallos, incluso emitidos por el mismo tribunal.

En efecto, y si bien los fallos fueron seleccionados teniendo en cuenta la solvencia de las posturas jurisprudenciales que intentan mostrar, también su selección obedece a que, en su conjunto, constituyen una muestra cabal sobre el desconcierto reinante respecto del concepto de regulación, de los alcances del ejercicio de la función reguladora y especialmente, como una derivación de aquello, de la ausencia de criterios uniformes sobre las competencias y potestades de los entes reguladores de servicios públicos.

De manera entonces que, si bien los pronunciamientos seleccionados para el referido análisis no son los únicos estudiados, si son, a nuestro criterio, de especial importancia, ya sea porque permiten relucir los errores y contradicciones reinantes en la materia o sea

porque demuestran que es posible coadyuvar a construir y sustentar una teoría de la regulación, desde la jurisprudencia, respecto de las actividades sujetas a un régimen especial de servicio público.

Podrá advertir el lector que la doctrina de los fallos que se analizarán a continuación no se atiene a ninguna de las posturas doctrinarias analizadas, incurriendo algunos de ellos, además, en graves contradicciones que afectan el funcionamiento de los entes reguladores y con ello la eficiencia de actividades tan trascendentes como las que aquí se tratan, es decir, aquellas que fueron sujetas a un régimen especial de servicio público por destinarse a la satisfacción de necesidades esenciales de la población y por presentar en su desarrollo importantes “fallas de mercado” que justifican una mayor atención por parte del Estado.

En este sentido, debe quedar asentado también que, el análisis que sigue a continuación, y las opiniones que derivan de los fallos elegidos para este estudio, no pretende ser una mera crítica sobre su contenido sino, fundamentalmente, intenta advertir sobre la situación de desorden e incertidumbre que atraviesan las instituciones públicas y privadas por cuyas “manos” pasan, en gran medida, los “servicios públicos”.

Esta situación no puede sostenerse en el tiempo, no al menos si se pretende la verdadera satisfacción del “interés público”. Por ello, es imprescindible cambiar y mejorar en busca de una sistematización eficiente y consensuada, respecto de las modalidades de planificación, prestación, regulación y control de aquellas actividades orientadas a satisfacer necesidades esenciales de la población.

Seguramente existen y existirán numerosos pronunciamientos judiciales con criterios uniformes y que resuelven ejemplarmente distintas cuestiones planteadas respecto del funcionamiento de los entes reguladores y la función reguladora que los mismos practican, pero lamentablemente no se trata de una línea jurisprudencial definida, que asegure estabilidad y uniformidad en sus decisiones. Por ello interesa especialmente revisar y juzgar sobre casos extremos, en el

sentido de “conflictos”, donde se plantean las cuestiones más debatidas sobre éstos organismos.

Se analizó ya en este trabajo, como la extensión expresa e implícita de las competencias asignadas a los entes reguladores en las leyes 24.065 y 24.076, provoca numerosas discusiones doctrinarias y jurisdiccionales. En general, la idea rectora es intentar establecer límites a la misma o al menos encauzar su ejercicio a través de márgenes de acción predeterminados.

Esta lógica y natural reacción doctrinaria y jurisprudencial no es propia ni exclusiva de nuestro país, pues así ha sucedido y sucede, como hemos visto más arriba, en la mayoría de los países latinoamericanos donde se han creado éste tipo de organismos¹⁰³⁸ y también en los Estados Unidos de Norteamérica donde la discusión trascendió los ámbitos académicos y jurídicos¹⁰³⁹.

Por todo ello, emitir una opinión sobre el tratamiento que la jurisprudencia a realizado respecto de los entes reguladores es una tarea sumamente compleja, especialmente cuando se sufre la ausencia de un sustento filosófico – jurídico que permita construir una verdadera “teoría de la regulación” y acercar un concepto uniforme respecto de la actividad o función reguladora.

En definitiva, si bien la cuestión no es pacífica ni en la jurisprudencia ni en la doctrina especializada, donde se ha tratado con distintos criterios y conclusiones el alcance de las competencias de los entes regulatorios¹⁰⁴⁰, se intenta a continuación su sistematiza-

¹⁰³⁸ Ver al respecto el “Documento sobre la Equidad, el Desarrollo y la Ciudadanía en América latina...”, Capítulo 12.

¹⁰³⁹ Cfr. BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, tomo I, especialmente Capítulo I.

¹⁰⁴⁰ Ver y ampliar con seguro provecho en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, *Servicios Públicos, regulación y renegociación...*, *passim*, MATA, “Panorama del control sobre los entes reguladores...”, *passim* y BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina...*, *passim*, entre otros.

ción, tomando como base las competencias y potestades otorgadas por los distintos marcos regulatorios a tales organismos.

2. SOBRE LA POTESTAD PARA EL DICTADO DE REGLAMENTACIONES

En general, no puede obviarse que la Constitución Nacional establece algunos parámetros para el ejercicio de actividad reglamentaria por parte de organismos administrativos, admitiendo la facultad del órgano ejecutivo de dictar reglamentos autónomos, delegados, de ejecución o de necesidad y urgencia. Pues bien, estos principios pueden y deben aplicarse con sus adaptaciones correspondientes a la actividad que desarrolla el sujeto regulador.

En tal sentido, también es necesario admitir el carácter de “complemento” que se atribuyera más arriba a la función reguladora, siempre respecto del ejercicio del poder de policía por parte del Estado (sea a través del Poder Legislativo o Ejecutivo), lo cual implica admitir una considerable atenuación de la necesidad de dictar normas generales y abstractas al momento de ejercer la función reguladora o, de hacerlo, respetar siempre la normativa de superior jerarquía que rige en la materia que se trate.

A ello debe agregarse que, cuando la función de regulación se ejerce respecto de sistemas fuertemente reglamentados previamente, como lo son las actividades sujetas a un régimen de “servicio público”, el dictado de reglas posteriores se limita a específicas normas de carácter interpretativo respecto de otras normas vigentes, al cubrimiento de vacíos legales y a la realización de adecuaciones circunstanciales, fruto de innovaciones tecnológicas o variaciones en condiciones externas o internas de los sistemas.

Esto último, en el caso de la Argentina, se comprueba fácilmente al advertir la existencia de un marco regulatorio general, generalmente aprobado por Ley del Congreso Nacional, normas reglamentarias posteriores, los pliegos de bases y condiciones de las licitaciones convocadas para seleccionar al prestador y, finalmente, los tí-

tulos habilitantes, sea que se trate de autorizaciones o, como en realidad corresponde, de contratos de concesión y de licencia.

No obstante lo expresado, es oportuno revisar la reacción jurisprudencial frente a casos concretos de dictado de normas de conducta por parte de los entes reguladores.

a) Alcances y límites de la potestad

En general, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que el órgano dotado de potestad reglamentaria está habilitado para establecer condiciones, requisitos, limitaciones, o distinciones que respeten el espíritu de la norma, sirvan razonablemente a su finalidad, y no rebasen el ámbito en que la interpretación es opinable y posible la solución entre varias alternativas¹⁰⁴¹.

b) El fallo sobre medición de consumo de agua potable en inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal¹⁰⁴²

En este caso, el pronunciamiento que se comenta corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y fue emitido al resolver el conflicto judicial generado cuando el Defensor del Pueblo de la Nación interpone acción de amparo para que se declare la nulidad de las Resoluciones del Ente Tripartito de Obras y servicios Sanitarios (en adelante ETOSS) N° 8 y 12 del año 1994, en virtud de las cuales se reglamentó un sistema de medición global y pago directo

¹⁰⁴¹ Vid. C.S.J.N., “Juárez, Rubén Faustino y otro c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Dirección Nacional de Asociaciones sindicales) s/ acción de amparo”, Fallos, Tomo 313:433 (1990), entre otros.

¹⁰⁴² Comentaremos aquí el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional - P.E.N.- Ministerio de Economía Obras y servicios Públicos- y otros s/amparo Ley 16986”.

por parte de los propietarios, en núcleos habitacionales sujetos al régimen de propiedad horizontal.

La causa llega a la Corte luego que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hiciera lugar a la presentación del Defensor del Pueblo y su sentencia fuera apelada tanto por el Concesionario (Aguas Argentinas S.A.) como por el Estado nacional y el E.T.O.S.S.

El fallo de la Corte marca su tendencia ya en los primeros considerandos, cuando expresa que “la cuestión planteada solo exige la mera confrontación de las Resoluciones dictadas por el E.T.O.S.S. con las normas en cuyo marco ejerce sus atribuciones el ente y sobre las que basó el dictado de aquellas, de lo que se infiere que no se trata de una cuestión que sugiera mayor debate y prueba...”¹⁰⁴³.

Luego del análisis pertinente sobre la normativa vigente, agrega el voto de mayoría que “el ente debe ejercer sus atribuciones de acuerdo con las facultades que le han sido otorgadas”, según las cuales tendrá a su cargo el control y la regulación de la actividad del concesionario y el servicio que preste, de conformidad con las atribuciones que se han fijado en el Capítulo III del Anexo I del decreto 999/92 (Art. 13).

La finalidad del ente regulador, expresa el voto de la mayoría, “*es ejercer el poder de policía y la regulación y el control*, en materia de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el área regulada de acuerdo con lo establecido en el marco regulatorio”¹⁰⁴⁴ (lo destacado en negrilla nos pertenece).

Por su parte la minoría de la Corte, integrada por el entonces Presidente Nazareno y los Ministros Belluscio, Petracchi y Vasquez, comienza su voto recordando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto reiteradamente que la acción de amparo es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y

¹⁰⁴³ Cfr. considerando 6º, voto de mayoría.

¹⁰⁴⁴ Vid. Considerando 18º del voto de la mayoría.

cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere mayor amplitud de debate y prueba¹⁰⁴⁵.

Más adelante, y luego de un completo análisis, aunque exento de comentarios, de la normativa legal, reglamentaria y contractual vigente, concluye el voto de minoría expresando que de las disposiciones analizadas, no puede concluirse ilegalidad o arbitrariedad alguna en las Resoluciones N° 8 y 12 del ETOSS, debido a que las mismas encuentran sustento legal posible en la normativa analizada¹⁰⁴⁶.

Sin perjuicio de los debates que pudieren suscitarse sobre el asunto, a partir de las distintas concepciones sobre las potestades reglamentarias de los organismos administrativos, y específicamente el rol que deben cumplir los entes reguladores, interesa especialmente destacar, como una muestra de las profundas discordancias jurídicas que generan la determinación - o el reconocimiento - de las competencias atribuidas a los entes reguladores, que los nueve jueces del más Alto Tribunal, analizando exactamente la misma normativa, alcanzan conclusiones tan disímiles respecto de la conformidad de las resoluciones del E.T.O.S.S. impugnadas con esa normativa.

La respuesta, obviamente, no debe buscarse ni en los hechos ni en el derecho aplicable, así como tampoco en una cuestión de justicia, sino en aspectos conceptuales básicos, de naturaleza filosófica, jurídica y - porqué no - también política. En otros términos, es de concluir que los votos de la mayoría y de la minoría no difieren en cuanto a la conformidad o no de las Resoluciones impugnadas con la normativa vigente sino respecto de las distintas concepciones que los jueces que los suscriben tienen sobre el alcance de la función reguladora del Estado, en la porción que les toca ejercer a los entes reguladores.

En efecto, ambos votos mencionan como fundamento las mismas reglas, de fondo y de forma, pero, la mayoría del Tribunal,

¹⁰⁴⁵ Cfr. considerando 5° del voto de la minoría.

¹⁰⁴⁶ Cfr. considerando 9° y 10° del voto de la minoría

como de dichas normas no surge la potestad “expresa” del ente regulador para reglamentar la materia objeto de las Resoluciones impugnadas, deduce que las mismas han sido emitidas excediendo el ámbito de actuación que la normativa correspondiente le atribuye al mencionado organismo.

No obstante ello, para la minoría de la Corte la misma circunstancia conduce a un resultado distinto. Esta vez el razonamiento judicial expresaría que, al existir una potestad reglamentaria genérica en el ente regulador, y siendo que de las normas vigentes surge con claridad que la materia bajo tratamiento – medición del consumo de agua potable – forma parte del ámbito de competencia material encomendado al mencionado organismo, no puede tacharse de ilegales o arbitrarias las resoluciones que tratan sobre ello.

Al menos no es factible, para el voto de minoría, hacer lugar a esa tacha de “ilegalidad” o “arbitrariedad” en los términos del artículo 43° de la Constitución Nacional y 10° de la Ley 23.696, quedando la posibilidad al demandante de hacer valer su pretensión por las vías pertinentes.

Sobre los riegos que implican las diferencias conceptuales entre los miembros del más Alto Tribunal¹⁰⁴⁷, advertimos que, sin duda tales “contrastes” deben subsanarse lo más rápido posible, especialmente porque producen incertidumbre respecto de cuestiones estrechamente vinculadas con la satisfacción de necesidades esenciales de la población. A favor del Tribunal, debemos admitir también que, en el fondo, se trata de derivaciones posibles e inevitables de la gran confusión – o en su caso la variada “discordancia” de criterios – que existe a nivel doctrinario y político sobre el rol de los entes reguladores.

No obstante ello, debemos advertir que especialmente el voto de mayoría presenta un tratamiento superficial y desordenado sobre aspectos fundamentales de la regulación económica, que no debe-

¹⁰⁴⁷ Debemos aclarar que, a la fecha en que éste trabajo se encuentra en su etapa final, la composición de la Corte Federal ha variado substancialmente.

rían presentarse teniendo en cuenta la jerarquía del Tribunal y el arduo tratamiento que el tema tuvo y tiene en la doctrina nacional e internacional.

Por nuestra parte, frente al conflicto planteado y “resuelto” judicialmente, consideramos útiles las siguientes reflexiones, a modo de advertencia crítica, alguna de ellas, y de síntesis aclaratorias las demás:

i. existen conceptos pocos claros en el voto de mayoría, donde parece distinguirse, sin demasiados fundamentos, entre la “actividad” del Concesionario y el “servicio” a su cargo. Concretamente, expresa el voto que el ente regulador tiene a su cargo “... el control y la regulación de la actividad del concesionario y el servicio que preste...”¹⁰⁴⁸. Este aspecto no es menor y debe fundarse adecuadamente, en caso de que se insista sobre esta novedosa distinción, desde la doctrina judicial, en el futuro

ii. Luego de expresar que el ente regulador ejerce el “poder de policía” sobre los servicios, el voto de mayoría afirma que no puede agregar nuevas obligaciones, no previstas en el régimen vigente. Corresponde advertir con el debido respeto que, si el ente regulador no puede agregar obligaciones a las previstas en el marco normativo no puede afirmarse que ejerza el poder de policía sobre los servicios, quedando su accionar limitado al mero contralor de cumplimiento de la normativa vigente.

iii. Si bien el voto de mayoría, para resolver examina la normativa emitida sobre aspectos “tarifarios” de la Concesión, y así lo reconoce expresamente¹⁰⁴⁹, la cuestión bajo tratamiento tiene que ver con la normativa sobre “facturación y cobranza” e “instalación de la micro medición” más que con aspectos tarifarios.

Se trata, en definitiva, de tres aspectos absolutamente distintos en las estructuras normativas del contrato de concesión, e incluso dos de ellos, la facturación y cobranza y la micro-medición, son “acti-

¹⁰⁴⁸ Así, considerando 18°

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

vidades” que podrían no haber sido “contratadas” con la misma persona con quién se contrató la captación y potabilización, el transporte y la distribución de agua potable.

El sistema tarifario, por su parte, no se trata de una “actividad”, sino, en todo caso, de una consecuencia inevitable del servicio contratado.

iv. La diferencia fundamental entre el voto de mayoría y el de minoría reside en el criterio que cada uno adopta para examinar las resoluciones del ente regulador. En éste sentido el voto de mayoría adopta un criterio restrictivo y deniega la posibilidad de que dicho organismo dicte reglas en la medida que no existe una autorización expresa en el marco normativo. Por su parte el voto de minoría adopta un criterio amplio y acepta esa posibilidad en la medida que no existe una prohibición expresa.

c) Los límites de la potestad del regulador para el dictado de reglamentaciones

Se dejará por ahora la cuestión suscitada respecto del E.T.O.S.S., organismo respecto de cuyas competencias para ejercer potestades sancionadoras se volverá más adelante, para introducir el estudio en el campo de la energía, específicamente las actividades de producción, transporte y distribución de gas natural, para cuyo control y regulación ha sido creado el Ente Nacional Regulador del Gas.

El mencionado ente regulador (E.Na.R.Gas), al establecer un régimen de penalidades para determinada actividad del mercado bajo su regulación y control, emitido mediante la Resolución ENAR-GAS 421/1997, incluye a determinados agentes del mercado regulado en un concepto legal definido en la norma de su creación, es decir, la Ley 24.076, y con tal inclusión los hace pasibles de recibir sanciones contenidas en el régimen de penalidades mencionado.

Contra dicha Resolución los afectados interponen un recurso ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Admi-

nistrativo Federal, sala 3º, argumentando especialmente que la Resolución impugnada constituye un exceso por parte del E.Na.R.Gas en el ejercicio de sus competencias.

Sostuvieron los jueces de la Cámara mencionada¹⁰⁵⁰, en esencia, que las disposiciones no vulneran el principio de legalidad, por que los artículos 52 inc. ñ, 71 y 72 de la ley 24.076 facultan al Ente Nacional Regulador del Gas a reglamentar el procedimiento para la aplicación de sanciones, asegurando el principio del debido proceso, y que los artículos 9 y 10 de la resolución cuestionada sólo aplican penas a conductas u omisiones contrarias a la ley o a su reglamento, al tiempo que utiliza criterios similares a los previstos en el citado artículo 71.

Sin embargo, el recurrente interpone recurso extraordinario por considerar que el fallo vulnera los principios de jerarquía normativa y de legalidad, al tiempo que conculca los derechos constitucionales de ejercer libremente el comercio y de inviolabilidad de la propiedad, en primer término porque lo sujeta a un régimen sancionatorio en donde las penas están determinada por un acto administrativo y torna más gravosa su actividad económica y, en segundo lugar, porque la Cámara mencionada omitió tratar su agravio relativo a que el E.Na.R.Gas carece de competencia para reglamentar el artículo 14 de la Ley 24.076, pues ello es facultad exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional.

El dictamen del Procurador General de la Nación, cuyos fundamentos y conclusiones son compartidos por la Corte¹⁰⁵¹, considera que los artículos correspondientes de la Ley 24.076 son claros en cuanto al requisito que se debe cumplir para estar incluido en la categoría de “comercializador”, es decir, “comprar y vender gas por cuenta de terceros”.

¹⁰⁵⁰ Cfr. Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, sala 3º, “YPF S.A. v. E.Na.R.Gas - resolución 421/1997 y 478/1997”.

¹⁰⁵¹ Cfr. C.S.J.N. “YPF S.A. v. E.Na.R.Gas s/resoluciones 421/97 y 478/97”, del 31 de junio de 2005.

Sin embargo, continúa el dictamen bajo análisis, no es esa la situación en que se encuentra el apelante, aún cuando, en su carácter de productor, también adquiere gas de terceros. “Por ello, resulta aplicable la jurisprudencia del tribunal a cuyo tenor la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, de la que no cabe apartarse cuando ella es clara, pues de otro modo se podría llegar a una inteligencia que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto”¹⁰⁵².

Respecto de las funciones a cargo del ente regulador, insiste el Dictamen adoptado por la Corte que “no se debe extender los alcances del precepto legal más allá del ámbito natural que surge de sus términos, porque no se trata de incluir forzosamente actividades en una categoría, sino de aplicar el texto tal cual está concebido...”, motivo por el cual “...la resolución administrativa impugnada, en cuanto incluye en el concepto de comercializador al productor que compra gas de terceros para su venta posterior, carece de sustento legal, es ilegítima...”¹⁰⁵³.

Por el contrario, la minoría del Tribunal, integrada en este caso por los Ministros Petracchi, Fayt y Maqueda, se ocupa de realizar un enjundioso y abarcador estudio sobre el significado del término “comercializador” en la Ley 24.076, para lo cual no se limita al texto normativo sino que se introduce en los debates parlamentarios, los dictámenes de distintas comisiones e incluso en proyecto inicial enviado por el Poder Ejecutivo y su mensaje.

En tal sentido, el voto minoritario concluye en que la Resolución E.Na.R.Gas recurrida es legítima, pero no por considerar que las potestades reglamentarias del ente regulador tienen un alcance mayor al admitido por el voto mayoritario, sino porque descubre, con el análisis mencionado, que tal Resolución no hace más que repetir lo que surge claramente de la Ley 24.076.

¹⁰⁵² Vid. Dictamen del Procurador General de la Nación, punto IV, párrafo tercero.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, párrafos quinto y sexto.

Si bien corresponde admitir y destacar que, ni el Dictamen del Procurador, compartido por la mayoría de la Corte Suprema, ni el voto de la minoría de dicho Tribunal, contienen argumentos novedosos o extraordinarios que permitan mayores comentarios, es trascendente, por otra parte, remarcar que se trata de posturas sumamente restrictivas, pues sólo admiten el ejercicio de potestades reglamentarias en la medida que su contenido no modifique ni contradiga normativas ya existentes¹⁰⁵⁴.

3. SOBRE LAS ACTIVIDADES DE CONTRALOR

a) Normativa aplicable y relación de especial sujeción

En el caso ahora bajo estudio, el E.Na.R.Gas aplicó mediante Resolución 290/95, una multa de \$ 10.000 a la distribuidora Metrogas S.A. por haber constatado incumplimientos a la normativa técnica y de seguridad vigentes al realizarse determinados trabajos en la vía pública. La multa aplicada obtiene fundamento en normativas propias del E.Na.R.Gas, pero también se sustenta en el incumplimiento de normativas dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y algunas Ordenanzas municipales, motivo por el cual Metrogas recurre la sanción mediante un recurso directo ante la Cámara Nacional Contencioso administrativo federal¹⁰⁵⁵.

La Sala I de la Cámara mencionada entiende que “del análisis de las normas que regulan la prestación del servicio se comprenden aquellas orientadas a la seguridad en las obras y la protección de los

¹⁰⁵⁴ También puede verse al respecto el valioso análisis y comentario al fallo analizado aquí realizado por Estela B. SACRISTAN, “Entre la voluntad y las palabras”, Suplemento de Derecho Administrativo de Jurisprudencia Argentina, 2006 - I, página 38 a 46.

¹⁰⁵⁵ Cfr. CNFed., Contenciosoadministrativo, sala I, octubre 31-997 - Metrogas S.A. c. Ente Nac. Regulador del Gas y CNFed., Contenciosoadministrativo, sala I, Edenor S.A. c. Estado Nacional - Sec. De Energía, res. 198/94, del 5 de setiembre de 1995.

usuarios, de donde se sigue que, en la medida que no alteren la naturaleza y principios de la concesión del servicio público y que tienden a la seguridad, pueden servir de fundamento para la aplicación de sanciones previstas por el ordenamiento jurídico”. Ello sin perjuicio de quién haya sido designado como “autoridad de aplicación” de dicha normativa, pues en la medida que existe “un nexo... claro y evidente” entre la normativa y la seguridad de las personas, “no puede ser obviada por la autoridad regulatoria, ni considerarse extraños a su competencia específica”¹⁰⁵⁶.

En idéntica línea de pensamiento, se expresa en el fallo bajo análisis que la concesionaria de un servicio público “... se encuentra, frente a la Administración en una situación de especial sujeción, en virtud de las potestades que en materia de organización y funcionamiento del servicio público, competen a ésta. De allí que la reglamentación del servicio no está ceñida sólo por lo que contemple el respectivo contrato, sino también por las propias prerrogativas que por naturaleza correspondan a la autoridad estatal...”¹⁰⁵⁷.

Este pronunciamiento podría ser incluido, además, en el título del presente Capítulo que analiza fallos vinculados con la potestad reglamentaria, pero lamentablemente la Cámara se detiene demasiado pronto y omite ingresar al tratamiento de las competencias que pueden corresponderle al E.Na.R.Gas para emitir esas reglamentaciones a que hace referencia en los considerandos 4° y 7°.

No obstante ello, deducimos que si se considera aplicable la normativa emanada de un Ministerio ajeno al servicio mismo y también ordenanzas municipales, resultaría incoherente negar el establecimiento del mismo tipo de normas al organismo creado específicamente para controlar y regular el servicio, sin perjuicio de lo cual se trata de una mera elucubración teórica, que debería constatarse en un caso concreto.

¹⁰⁵⁶ Considerando 4° y 7°.

¹⁰⁵⁷ Considerando 4°, segundo párrafo.

b) El fallo “Subestación Sobral”

El 8 de julio de 2003, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Provincia de Buenos Aires, falló en la causa Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/E.N.R.E.-EDESUR s/cese de obra de cableado y traslado de subestación transformadora.

La Asociación referida había promovido acción auto satisfactiva en representación de los usuarios, consumidores y contribuyentes de la localidad de Ezpeleta, Partido de Quilmes, provincia de Buenos Aires, solicitando a la justicia que “ordene” al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (en adelante E.N.R.E.) suspender las obras de cableado dispuesta por la empresa EDESUR S.A. y disponer el traslado de la Subestación Sobral, invocando para ello los fuertes ruidos que dicha subestación provocaba y los trastornos en la salud que generaba (conforme manifestaciones del accionante, desde náuseas, dolores de cabeza y depresión, hasta patologías cancerígenas y malformaciones).

La causa llega al Tribunal por apelación de la parte actora contra el fallo de primera instancia que había rechazado la acción fundándose en la mera apariencia o posibilidad del derecho invocado y en la falta de certeza acerca de los efectos sobre la salud, de los campos electromagnéticos. Es de destacar que el pronunciamiento de Primera Instancia, además de rechazar la acción entablada, se refiere expresamente, en sentido positivo, a la posibilidad de los actores de canalizar su reclamo en el proceso de conocimiento, que permite un mayor detalle y prueba y garantiza el derecho de defensa de las partes involucradas.

Un primer dato novedoso es que la Cámara decide dar trámite sumarísimo a la presentación y “bilateralizar”, conforme su propia terminología, la pretensión cautelar, todo ello a los efectos de garantizar la defensa en juicio. En tal sentido confiere traslado al E.N.R.E. y a E.D.E.Sur S.A.

En su presentación, el E.N.R.E. aduce que, en ejercicio de sus funciones de control, a realizado las auditorias correspondientes de las cuales se concluye que las obras en cuestión responden a las pautas y límites establecidos en la Resolución 77/98 de la Secretaría de Energía de la Nación, por lo cual, en todo caso, es el citado organismo el responsable por los niveles electromagnéticos permitidos y las derivaciones que los mismos tengan.

Por el contrario, E.D.E.Sur exhibe en su presentación, la adecuación de las instalaciones y las obras cuestionadas a la normativa vigente, es decir, las leyes 14772 y 15336, el Decreto 714/92 y la Res. S.E. 77/98, además de los valores guía internacionales fijados por la Comisión Internacional de Protección contra Radiaciones no ionizantes reconocidos por la Organización Mundial de la Salud. Asimismo, la concesionaria referida en último término agrega que los efectos nocivos de los campos electromagnéticos sobre los seres humanos no fueron acreditados en autos, existiendo además estudios e investigaciones científicas a nivel internacional que demuestran la escasa probabilidad de certeza de estas presunciones.

El Tribunal, luego de citar como sustento legal el artículo 41° de la Constitución Nacional y el articulado de la Ley 25.675¹⁰⁵⁸, a la cual considera de jurisdicción federal, y a partir de un efímero examen sobre unos pocos documentos de instituciones y organismos internacionales, que en muy poco o nada ayudan a esclarecer la cuestión discutida¹⁰⁵⁹, resuelve revocar el fallo apelado y hacer lugar a la cautelar solicitada, ordenando a la empresa E.D.E.Sur S.A. y al E.N.R.E. que adopten las medidas necesarias destinadas a suspender

¹⁰⁵⁸ Regulatoria de los presupuestos mínimos para el logro de una gestión Sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de diversidad biológica y la implementación del desarrollo Sustentable.

¹⁰⁵⁹ Puesto que de los documentos mencionados por el Tribunal y conforme las citas que este mismo realiza no surge que haya certeza científica sobre los efectos de los campos electromagnéticos sobre la salud humana.

las obras de cableado para la sobrealimentación de la subestación Sobral en caso de que éstas aún persistan¹⁰⁶⁰.

Asimismo, resuelve el Tribunal que tanto E.D.E.Sur como el E.N.R.E. deben presentar un informe dentro del plazo de 15 días indicando las medidas que se pondrán en práctica para “proteger a los residentes de Ezpeleta de los efectos potencialmente nocivos que los cables de alta tensión y de la subestación transformadora en cuestión provocan sobre la salud humana (sic)”¹⁰⁶¹.

Mas allá de la decisión adoptada y de la potencialidad que los campos electromagnéticos tienen para producir daños en la salud de los seres humanos, temas que no son ni pretenden ser objeto de este trabajo, se considera importante citar y reflexionar brevemente respecto de algunas expresiones y fundamentos del fallo bajo estudio, cuyo contenido permite visualizar los daños de que puede ser susceptible el interés público cuando los sistemas construidos para su satisfacción no son comprendidos como tales, ni respetados sus fundamentos o bases esenciales.

i. En primer lugar expresa el tribunal que si el usuario experimenta un daño a raíz de la defectuosa e irregular prestación de un servicio público “se genera una obligación resarsitoria (sic) en cabeza del Concesionario, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por el insuficiente ejercicio del poder de policía a través de sus órganos competentes, por la omisión causalmente relevante en el advenimiento del menoscabo”¹⁰⁶².

ii. En segundo término agrega que la función de contralor del ente regulador “no se limita solo a controlar el cumplimiento de los niveles de electro polución admitidos legalmente”, sino que también debe velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública¹⁰⁶³.

¹⁰⁶⁰ Cfr. considerando 23, voto Dr. Dugo.

¹⁰⁶¹ Vid. considerando 23, 2º párrafo, voto Dr. Dugo.

¹⁰⁶² Vid. Considerando 16º, voto Dr. Dugo.

¹⁰⁶³ Cfr. Considerando 17º, voto Dr. Dugo.

iii. En tercer lugar asegura la Cámara que el cumplimiento estricto de la normativa vigente - en el caso niveles mínimos de campos electromagnéticos - no es suficiente para eximir de responsabilidad al prestador de un servicio público ni al ente regulador, en este último caso por el ejercicio defectuoso del poder de policía¹⁰⁶⁴.

iv. Finalmente, en cuarto término, expresa el fallo bajo análisis que la falta de certeza científica respecto del daño ambiental que puede derivarse de determinada actividad, no es razón suficiente para que el prestador del servicio y el ente regulador se abstengan de adoptar medidas inmediatas¹⁰⁶⁵, aún cuando quién lo plantea tampoco agregue prueba alguna sobre sus afirmaciones, ni antecedentes cercanos sobre casos similares.

En definitiva, advertimos que el Tribunal actuante considera que el ejercicio de la función reguladora por parte de los entes reguladores se identifica con el concepto del “poder de policía”, es decir, la función reguladora es, para el tribunal actuante, ejercicio del poder de policía. Sin embargo, lejos de constituir, esta errónea asimilación, un modo de limitar las competencias de los entes reguladores, sólo sirve, se insiste que a criterio del tribunal y sin fundamento alguno, para extenderlas ilimitadamente, al punto de atribuir al ente regulador responsabilidad por el ejercicio defectuoso de ese “poder” (de policía).

En efecto, agrega el Tribunal que los derechos y deberes generales atribuidos a los entes reguladores, en el caso por Ley 24.065, son suficientes para que los mismos, ejerciendo el “poder de policía”, puedan superponerse a cualquier normativa vigente a los efectos de evitar daños a la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública, aun cuando los mismos no se encuentren suficientemente probados. Todo ello en virtud del principio de precaución.

Es importante advertir también que ha partir de las afirmaciones del Tribunal y luego de trazar los deberes de E.D.E.Sur S.A. y del

¹⁰⁶⁴ Véase Considerando 18°, voto Dr. Dugo.

¹⁰⁶⁵ Así se expresa, en el considerando 21°, el Dr. Dugo.

E.N.R.E., el mismo hace expresamente mención a la responsabilidad que le cabría al ente regulador, por omisión en el ejercicio del poder de policía que le ha sido encomendado. Es decir, para la Cámara habría responsabilidad del Estado cuando un ente público no actúa en cumplimiento de sus fines generales, aún cuando esa actuación signifique violentar normas dictadas por otro ente público en cumplimiento de competencias legalmente atribuidas.

Es más, para la Cámara esto es así aún en el supuesto bajo estudio donde ni siquiera ha sido probado el daño que produciría actuar de conformidad a la normativa vigente¹⁰⁶⁶ y aún cuando el ejercicio del supuesto “poder de policía” que le encomienda al ente regulador significa atribuirle funciones propias del Congreso de la Nación.

De manera que, aún cuando no esté probada la actualidad o la potencialidad de un daño – según esta postura jurisprudencial – un ente público igualmente está obligado a actuar, sin importar la normativa vigente, todo ello bajo apercibimiento de generar en el Estado responsabilidad por omisión.

Sin embargo, ésta afirmación no tiene sustento ni en la lógica y el sentido común, ni mucho menos lo tiene en el orden jurídico vigente ni en el “derecho” en general, pues, en su debida oportunidad, y analizando la responsabilidad por omisión del Estado en cumplimiento de sus obligaciones, se destacaba enfáticamente y con sustento casi unánimemente en la doctrina especializada, la necesidad de que siempre se trate de una omisión antijurídica, es decir contraria a derecho, para que se genere el deber de reparar eventuales daños y perjuicios¹⁰⁶⁷.

Es cierto que, en un esfuerzo conceptual, podría calificarse al fallo como “adherente” a un criterio sumamente amplio a la hora de

¹⁰⁶⁶ Cfr. Resolución 77/98 de la Secretaría de Energía de la Nación.

¹⁰⁶⁷ Ver y ampliar en nuestro trabajo “Responsabilidad del funcionario público por omisión”, *El Funcionario Público*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (I.E.D.A.), Ediciones Dike - Foro de Cuyo, Bs.As., 2002, páginas 343 y ss.

definir la “función reguladora” y los alcances de las competencias de los entes reguladores, aunque confundiendo la misma con el poder de policía, pero, atendiendo un deber de buena fe, aparece como injusto y demasiado generoso enmarcar un pronunciamiento tan confuso, contrario a derecho e infundado, dentro de postura jurídica alguna.

Por el contrario, si es posible afirmar que el pronunciamiento bajo estudio es una de las más notorias pruebas documentales sobre el preocupante desconcierto judicial existente acerca de los entes reguladores y los alcances de sus competencias – por desconocimiento a veces –, pues adviértase cómo el Tribunal asimila expresamente la actividad orientada al dictado de normas generales y abstractas – poder de policía – con la de control.

En cuanto a la atribución de responsabilidad estatal, a partir de una supuesta “omisión” del ente regulador, sólo resta advertir sobre los peligros que el tratamiento judicial discrecional – y arbitrario – de dicha responsabilidad, conlleva para la normal satisfacción del interés público y para la integridad del presupuesto estatal.

Así se considera, en primer lugar, por que implica, tal atribución de responsabilidad, extender la misma al Estado, o conservarla en él si se quiere, aún en aquellos casos en que los servicios se hubieren otorgado en concesión o licencia a personas privadas, o a través de cualquier otro título. Y en segundo lugar, por que significa, la postura expuesta en el fallo bajo estudio, activar la responsabilidad por omisión del Estado, aún en los casos en que el ente público haya actuado en el marco de sus potestades y de las normas vigentes¹⁰⁶⁸.

- c) El fallo Ciancio y la extensión ilimitada de la función de seguridad

Se ha expresado en la jurisprudencia de nuestros Tribunales que el deber de seguridad encomendado a un concesionario abarca

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

“... todas las situaciones de las cuales durante el desarrollo del contrato se pueda derivar algún daño para el usuario...”¹⁰⁶⁹, y que en virtud de ello “... los entes controladores tienen el deber de actuar directamente o de ejercer su autoridad para que los prestatarios de servicios públicos adopten las medidas apropiadas para evitar que la deficiente instalación o conservación de los bienes afectados se transforme en fuente de daños para terceros...”¹⁰⁷⁰.

No sería necesario a los fines de este estudio, ni es la intención, extender demasiado el análisis de este breve pero interesante pronunciamiento, aún cuando sí corresponde destacar algunos aspectos que surge de los fragmentos transcritos - para mayor comodidad del lector - anteriormente, a saber:

i. el pronunciamiento distingue con precisión el “deber” primario, irrenunciable e intransferible del “prestador” de evitar que de los servicios a su cargo deriven daños a terceros, del “deber” subsidiario y “de control” que corresponde atribuir al ente regulador;

ii. también puede deducirse del texto del fallo, que los deberes encomendados a los entes reguladores, le autorizan - y obligan a éstos -, para utilizar distintos instrumentos y actuar de manera directa o indirecta sobre las prestaciones, a los fines de cumplir con los objetivos que las normas le han encomendado.

4. SOBRE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA

Lo mismo que se expresara al analizar la potestad de contralor, es factible afirmar sobre el ejercicio de las potestades sancionatorias que ejercitan los entes reguladores. Ello así, especialmente teniendo en cuenta los criterios para la graduación de las mismas, como el

¹⁰⁶⁹ Vid. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala II, “Ciancio, José M. C. E.Na.R.Gas”, sentencia del 5 de noviembre de 1998, *Revista Jurídica La Ley 1999-B*, 526, considerando IV, párrafo segundo.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, considerando VI, párrafo quinto.

grado de reincidencia, la afectación al interés público, el esfuerzo realizado por el infractor para evitar consecuencias negativas y mayores perjuicios y para remendar los daños ya ocasionados, todo lo cual viene a limitar considerablemente un ámbito que en principio se presenta como de alta discrecionalidad, a favor del sujeto regulador.

De manera entonces que, a la hora del análisis jurisprudencial, teniendo en cuenta que el mismo permite conocer sobre casos concretos y obtener una visión más cercana a la realidad, interesa especialmente analizar como se comporta esa tensión permanente entre las normativas que surgen de los marcos regulatorios (leyes, decretos, resoluciones y contratos o títulos habilitantes) y la existencia de un “ente regulador” con amplias competencias y fines específicos, para cuyo cumplimiento, la “sanción”, es uno de los instrumentos más importantes y efectivos.

- a) El contenido y alcance de las potestades sancionatorias de los entes reguladores en una compleja decisión judicial

Los alcances del ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de los entes reguladores, fueron evaluados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de modo especial, al pronunciarse en el conflicto suscitado entre el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios y Aguas Argentinas¹⁰⁷¹, debido a la sanción que el “regulador” referido le aplicara a la concesionaria, por incumplir obligaciones de naturaleza o índole laboral.

En efecto, y conforme surge de los pronunciamientos emitidos por las distintas instancias, la controversia se suscita cuando, mediante Resolución E.T.O.S.S. 19/1994, el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, organismo a cargo del control y regulación del servicio de captación, potabilización, transporte y distribución de agua potable y suministro de desagües cloacales en Ciudad de Bue-

¹⁰⁷¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aguas Argentinas S.A. c. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios”, Digesto Jurídico 05/10/2005, 333 (sentencia del 14 de junio de 2005).

nos Aires y parte del Gran Buenos Aires, determinó el incumplimiento de Aguas Argentinas S.A., prestataria del servicio, del punto 3.6.2 del contrato de concesión para la prestación, celebrado con el Estado Nacional. Esta última norma citada, le imponía a la concesionaria la obligación de asumir íntegramente el “costo de otorgar vacaciones al personal, devengadas durante el año 1992 y posteriores, y no gozadas antes de la toma de posesión”.

Ante tal determinación, la prestataria acude a la justicia, solicitando se deje sin efecto la Resolución del E.T.O.S.S. referida anteriormente, e invocando, en primer lugar, que ese último acto, en la medida en que determina el incumplimiento de una obligación no prevista en el régimen de concesión, constituye un avasallamiento de los derechos de libertad y de propiedad, toda vez que amplía el plexo de obligaciones previstas en el Pliego de Bases y Condiciones y en el Contrato de Concesión referido.

En segundo término, la empresa accionante destaca que el deber cuyo incumplimiento se le endilga, constituye un acto prohibido por la Ley de Contrato de Trabajo – específicamente su artículo 162 – la cual impide compensar en dinero las vacaciones no gozadas, motivo por el cual, la resolución del ente regulador que así lo determinó se encuentra en conflicto con normas de orden público.

Finalmente, en un tercer orden argumental, expresa Aguas Argentinas que el acto atacado sustrae de los jueces naturales la controversia que le da origen, la cual, por versar sobre materia laboral, compete al fuero especializado instituido para su conocimiento y decisión, al tiempo que, lo resuelto por el ente regulador contradice abiertamente los pronunciamientos firmes de dicho fuero que niegan a los ex trabajadores aquello que la resolución impugnada les reconoce, en violación a la cosa juzgada.

El dictamen del Procurador General de la Nación, finalmente compartido íntegramente por la mayoría del Tribunal¹⁰⁷², se dispone analizar y determinar si, efectivamente, el ente regulador referido se

¹⁰⁷² *Ibid.*, voto de la mayoría, considerando único.

excedió o no en las competencias que le fueron atribuidas por las normas de su creación, al emitir la resolución impugnada, así como también a definir el alcance del numeral 3.6.2. del contrato de concesión de servicios. Con este objetivo, el dictamen ahora bajo comentario se propone examinar tanto la Ley 23.696, como el Convenio de Constitución del E.T.O.S.S. y el Decreto 999 del año 1992 que ratifica dicho Convenio y determina las atribuciones y deberes del ente regulador interviniente.

Con especial énfasis destaca el referido dictamen del Procurador, que el artículo 2° del Convenio de constitución del E.T.O.S.S. le encomienda "... la protección de los intereses de la comunidad, el control, fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes y los contratos de concesión..."¹⁰⁷³ y que el artículo 17° del Decreto 999/92 le asigna facultades y obligaciones para cumplir y hacer cumplir el marco regulatorio y el contrato de concesión y de sus normas complementarias "realizando un eficaz control y verificación de la concesión y de los servicios"¹⁰⁷⁴.

No deja de tener en cuenta el Procurador General de la Nación que la normativa señalada también le encomienda al ente regulador del servicio realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos del marco regulatorio, de las normas reglamentarias y disposiciones contractuales aplicables¹⁰⁷⁵. En este marco normativo, agrega el Decreto 999/92 que el ente regulador puede y debe aplicar al concesionario las sanciones

¹⁰⁷³ *Ibid.*, dictamen del Procurador General de la Nación, punto IV, párrafo cuarto.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, con cita del artículo 17, del Anexo I, del decreto 999/92 (Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales), inciso a).

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, con cita del artículo 17, del Anexo I, del decreto 999/92 (Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales), inciso u).

establecidas en el contrato de concesión por el incumplimiento de sus obligaciones¹⁰⁷⁶.

“De tales normas surge por necesaria implicancia - expresa el dictamen bajo análisis -, que le fueron delegadas al Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios - como ente regulador - atribuciones suficientes para controlar y sancionar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la concesionaria, como las previstas en el Contrato de Concesión celebrado el 28/4/1993 - cuyo modelo fue aprobado por el art.2 decreto 787/1993...” -, aclarando también el Procurador “... que las resoluciones del ente regulador tienen fuerza ejecutoria sobre el Concesionario, pues el art. 68 del anexo I del decreto 999/1992, dispone que sus decisiones dictadas dentro de los límites de su competencia gozan de los caracteres propios de los actos administrativos y obligan al concesionario”¹⁰⁷⁷.

Agrega, destacándolo especialmente, el dictamen bajo análisis, que la normativa citada se ajusta a los parámetros incorporados en el artículo 42° de la Constitución Nacional por el constituyente reformador, en 1994, y al criterio de la Ley 23.696, “sin que ello signifique el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a este ente regulador, ni conferirle el carácter de tribunal administrativo”¹⁰⁷⁸.

La Corte no advierte en la Resolución del E.T.O.S.S. cuestionada, ningún exceso en los límites de las competencias asignadas a dicha autoridad, ni en la sujeción a la legalidad y al principio de razonabilidad que, tanto el marco normativo como contractual, exigen del referido ente regulador.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, con cita del artículo 17, del Anexo I, del decreto 999/92 (Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales), inciso o).

¹⁰⁷⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aguas Argentinas S.A. c. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios...”, dictamen del Procurador General de la Nación, punto IV, párrafo tercero y cuarto “in fine”.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, punto IV, párrafo quinto (con cita de Fallos 321:776, Litoral Gas S.A. c/ ENARGAS - resol. 29/94 (1998)).

Para llegar a esta conclusión, el Más Alto Tribunal Constitucional tiene especialmente en cuenta que “de las pautas generales fijadas en la ley 23.696, surge que cada proyecto de privatización debía ineludiblemente tener en cuenta en su diseño, como criterios directrices, evitar efectos negativos sobre el empleo y la pérdida de los puestos de trabajo, en el marco de una función productiva estable y suficiente (art.41), a cuyo fin, durante dicho proceso los trabajadores seguirían amparados por todas las instituciones legales, convencionales y administrativas del derecho del trabajo (art.42)”¹⁰⁷⁹.

En otras palabras, el más Alto Tribunal no sólo acepta reconocer un amplio alcance a las potestades otorgadas al ente regulador para controlar, fiscalizar, verificar y sancionar al prestador del servicio, en base a las atribuciones otorgadas al mismo por la norma de su creación¹⁰⁸⁰, sino que, fundamentalmente, extiende la materia o el “ámbito material” sobre el cual pueden ejercerse dichas potestades, adoptando para ello, como sustento, una norma ajena a la creación y conformación misma del regulador como lo es el Pliego de Bases y Condiciones.

Asimismo, con el objetivo de justificar y admitir la competencia del ente regulador, así como también, una vez admitida tal competencia, para determinar el alcance de la misma, la mayoría de la Corte recurre a los fines que tuvo en cuenta el legislador al momento de “privatizar” las actividades ahora bajo regulación. En el caso, acude a la Ley 23.696.

Por ello mismo, el dictamen del Procurador, luego compartido por la Corte, se ocupa especialmente de aclarar que “La resolución 19/1994 se limita a declarar que existió un incumplimiento del Contrato de Concesión que suscribió Aguas Argentinas S.A. con el Estado Nacional y no de normas de derecho laboral. Al respecto - insiste el dictamen - es menester precisar que, cuando el estado, en

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, punto IV, párrafo séptimo.

¹⁰⁸⁰ Por propia convicción y por así disponerlo el Decreto 999/92, citado, en su artículo 17°.

ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias son regidas por el Derecho Público. Es en ese ámbito y con ese alcance que... debe entenderse la determinación establecida en aquella resolución (E.T.O.S.S. 19/94), sin que ello tenga incidencia alguna en las relaciones entabladas entre la actora (Aguas Argentinas S.A.) y los ex empleados de O.S.N.”¹⁰⁸¹.

Es oportuno aclarar, a esta altura del análisis, que la disidencia manifestada por los Ministros Petracchi, Belluscio y Lorenzetti no lo es con cuestiones de fondo, sino por considerar los mismos que la resolución administrativa cuestionada no formula estimación alguna relativa al quantum de los costos por vacaciones no gozadas, ni precisa la incidencia de dichos costos en el cálculo de las tarifas, motivo por el cual se trata de un acto administrativo “incompleto”, pues sus efectos jurídicos “no resultan perceptibles ni determinables por la sola referencia y confrontación con el ordenamiento jurídico aplicable, sino que requieren de una manifestación de voluntad adicional del ente regulador que expresamente los concrete y singularice. En consecuencia, no se advierte que la sentencia apelada sea definitiva a los fines del recurso del art. 14 ley 48”¹⁰⁸².

b) Derivaciones prácticas del pronunciamiento analizado

El fallo que termina de analizarse es un buen ejemplo sobre la imperiosa necesidad de “marcar” jurídicamente una concreta distinción entre lo que se menciona como “competencias” de los entes reguladores, de aquello que se abarca bajo el concepto de “potestades”. Lo cual sin dudas exigirá una primera determinación – cuestión pre-

¹⁰⁸¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aguas Argentinas S.A. c. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios...”, dictamen del Procurador General de la Nación, punto IV, párrafo trece, “in fine”.

¹⁰⁸² Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aguas Argentinas S.A. c. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios...”, considerando 5º, segundo párrafo del voto en disidencia de los doctores Petracchi, Belluscio y Lorenzetti.

via - en los pronunciamientos judiciales y al momento de juzgar sobre casos concretos.

En el caso, el dictamen del Procurador primero “descubre” las potestades de control que el E.T.O.S.S. tiene atribuidas, para lo cual acude directamente al Decreto 999/92. Luego, determinado ello, se introduce en el examen sobre los alcances de sus competencias desde un punto de vista material, es decir, las materias sobre las cuales puede ejercer aquellas potestades de contralor.

Esta secuencia de análisis es, indudablemente, no sólo la más efectiva al momento de estudiar, reflexionar y juzgar sobre el alcance de las competencias atribuidas a los entes reguladores sino que, además, es absolutamente imprescindible de realizar en cada caso concreto. Ello sin perjuicio de compartir o no las conclusiones a las que finalmente se arribe.

Pero es importante advertir también que, con la normativa actualmente vigente, lamentablemente para poder ingresar en la secuencia de análisis descrita, es necesario primeramente determinar qué tipo de potestad es la que está ejerciendo el ente regulador en cada caso.

Es decir, como las normas de creación de los entes reguladores disponen un tratamiento distinto del régimen de impugnación de sus actos, según éstos provengan o sean generados a partir del ejercicio de supuestas funciones “jurisdiccionales”, “sancionatorias” o “reglamentarias”¹⁰⁸³, cualquier organismo administrativo o tribunal judicial que deba pronunciarse sobre la legalidad de tales manifestaciones, respecto de sus formas o de aspectos de fondo, debe primeramente analizar y determinar en ejercicio de qué tipo de función se origina al acto bajo revisión o juzgamiento.

En este sentido, es evidente que el Procurador General, en el caso bajo análisis, busca concretar tal determinación previa desde un comienzo. En primer lugar, acentúa que se trata de un acto emitido

¹⁰⁸³ Ver al respecto las normas transcritas y comentadas más arriba de las leyes 24.065 y 24.076. En el caso que nos ocupa, la norma es el Decreto 999/92.

en cumplimiento de normas vigentes, y a los efectos de su aplicación, es decir, deja en claro que no se trata del ejercicio de una supuesta “función reglamentaria” sino del cumplimiento o exigencia de cumplimiento de normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo¹⁰⁸⁴.

En segundo lugar, deja sentado el Procurador que tampoco significa atribuir competencia al ente regulador en la materia objeto de recurso, reconocer a favor del mismo el ejercicio de supuestas “funciones jurisdiccionales” ni reconocerlo como un “tribunal administrativo¹⁰⁸⁵. Es importante tener en cuenta que ésta es la naturaleza que el prestatario pretende atribuir al acto que lo afecta, argumentado que la Resolución 19/94 del E.T.O.S.S. comporta una asunción indebida de facultades jurisdiccionales porque al aseverar que su parte no dio cumplimiento a determinada obligación “declara la existencia de un derecho en los trabajadores para reclamar su cumplimiento”.

Finalmente, como si la clasificación entre funciones reglamentarias, jurisdiccionales y sancionatorias fuese materia determinada legalmente, el dictamen concluye que, el E.T.O.S.S., en el caso actuó en cumplimiento o ejercicio de funciones de control y sanción, lo cual se ajusta a derecho, puesto que “le fueron delegadas al Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios – como ente regulador – atribuciones suficientes para controlar y sancionar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la concesionaria...”¹⁰⁸⁶.

A pesar del esfuerzo, bastante discreto por cierto, que el dictamen del Procurador realiza para fundar una calificación jurídica respecto del acto objeto del recurso judicial, dictamen que luego será “adoptado” íntegramente por la Corte, la conclusión deja muchos puntos débiles y aspectos sin tratamiento. En efecto, se trata de un acto administrativo que no puede ser calificado como sancionatorio

¹⁰⁸⁴ Aspecto analizado especialmente en el punto IV del Dictamen referido.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, párrafo quinto.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, párrafo tercero.

sin mayores análisis y motivaciones, y esta conclusión se fortalece al advertir que el acto recurrido no aplica ninguna sanción al Concesionario, limitándose tan sólo a declarar la existencia de determinada situación de incumplimiento.

Vale tener en cuenta que, también el voto de la minoría se enfrenta con éste problema insoluble y termina calificando al acto bajo juzgamiento como un “acto incompleto” por necesitar de una manifestación de voluntad adicional del ente regulador para recién producir efectos jurídicos.

En definitiva, el voto de mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación califica como “sancionatorio” un acto administrativo que no aplica ninguna sanción, sino que, por el contrario, se limita a declarar un incumplimiento.

Por su parte, el voto de minoría del mismo Tribunal, procura construir, en un párrafo, una doctrina carente de los fundamentos más básicos y elementales desde el punto de vista jurídico, dando nacimiento a una nueva categoría de acto, es decir, el “acto incompleto”, que, con mucho esfuerzo y procurando una comparación digna de ser considerada, podría asimilarse con la categoría del acto preparatorio de la voluntad administrativa definitiva¹⁰⁸⁷.

Al comentar el fallo bajo análisis, MATA considera que la posición asumida por el Tribunal respecto de las atribuciones de cumplir y hacer cumplir el marco regulatorio y el contrato de concesión que tiene el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios “supera la visión de considerar la función reguladora como el ejercicio del poder de policía sobre el servicio público, que todavía aparece en la doctri-

¹⁰⁸⁷ Como si la ambigüedad pretoriana no fuera suficiente, advertimos también que, respecto de la naturaleza del “acto” impugnado, el apelante lo califica como acto de naturaleza jurisdiccional y el órgano emisor lo incluye como un acto más en el procedimiento para la determinación de las tarifas contractuales.

na y en algún fallo del Alto Tribunal, como el recaído recientemente en el caso “Ángel Estrada”....”¹⁰⁸⁸.

Las dudas de interpretación sobre el contenido y alcance de la función reguladora – insiste el autor citado en último término - se dieron incluso en el caso que comento, cuando el tribunal a quo, en un primer examen, expresó que no advertía qué incidencia podía tener el incumplimiento de la concesionaria sobre la prestación del servicio, posición luego rectificada en forma expresa en la sentencia definitiva”¹⁰⁸⁹.

Respecto del argumento de la minoría del Tribunal, opina MATA que “no hubo un supuesto acto administrativo incompleto sujeto al examen judicial, sino una mera declaración de incumplimiento de una obligación contractual sin consecuencias jurídicas para el concesionario, en la medida en que la sentencia de segunda instancia nada decidió sobre la invalidez del artículo 2º resolución ETOSS 19/1994 y el punto no estuvo comprendido en el objeto del recurso extraordinario”.

A criterio del autor que venimos analizando el recurso interpuesto era improcedente porque el tema a decidir se había transformado en meramente declarativo, o, más aún, había devenido en una cuestión abstracta por la pérdida de configuración del interés jurídico del recurrente¹⁰⁹⁰.

En definitiva, este tipo de ambigüedades jurisprudenciales, como los análisis sobre cuestiones abstractas y las calificaciones jurídicas improcedentes o erróneas, son los desvaríos que indefectiblemente se producen y seguirán produciéndose siempre que se permita el funcionamiento de organismos administrativos sin la previa cons-

¹⁰⁸⁸ Cfr. Ismael MATA, “La competencia de los entes reguladores”. Suplemento de Derecho Administrativo, 2006 – I, Jurisprudencia Argentina..., página 32.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, página 33.

trucción normativa que asegure uniformidad en el tratamiento de sus competencias y potestades.

En el caso de los entes reguladores, tal como se viene desarrollando a lo largo de éste estudio, es necesario asentar debidamente una teoría de la regulación. Y, la teoría que aquí se intenta exponer y fundar debidamente, expresa que el acto objetado debe calificarse jurídicamente como un “acto administrativo”, regulatorio si se quiere, emitido por un organismo administrativo en ejercicio de la “función administrativa”, también “regulatoria” si se quiere.

Así también, nuevamente corresponde insistir sobre la necesidad de otorgar a la función administrativa, practicada en ejercicio de la regulación pública sobre “servicios esenciales”, un sentido único, sin incurrir en la tentación de construir distinciones o clasificaciones. Especialmente porque luego, dichas distinciones son imposibles de sostener en la práctica y dificultan su revisión o juzgamiento.

De manera entonces que, sea que se trate de actos derivados de la resolución de controversias, del dictado de reglas, de la aplicación de sanciones o de meros actos de contralor, ni desde el punto de vista procedimental ni desde aspectos de fondo, corresponde en “buen Derecho” establecer clasificaciones sobre las manifestaciones emitidos por los entes reguladores de servicios públicos.

c) El principio de la especialidad y las potestades sancionatorias del E.N.R.E

Ya se ha tenido oportunidad, en este mismo trabajo, de exponer los fundamentos básicos de la doctrina de la especialidad y la manera en que corresponde aplicar sus postulados respecto del alcance de las competencias de los entes reguladores, sea habilitando o autorizando su actuación o reduciéndola e impidiéndola para determinadas acciones.

Recientemente se planteó a nivel judicial una controversia que derivó, de parte del tribunal actuante, en un pronunciamiento divi-

dido y que plantea una cuestión vinculada con la doctrina mencionada¹⁰⁹¹.

Al respecto, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E.), basándose en una resolución por la cual se había aplicado una multa por incumplimientos contractuales a la Empresa Distribuidora de Electricidad de La Plata S.A. (E.D.E.La.P.), inicia ejecución para obtener su cobro, la cual si bien es aceptada en primera instancia, recibe, dicho fallo, una apelación de parte de la empresa referida, ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. En la apelación, E.D.E.La.P. plantea la inhabilidad que tiene una resolución del ente regulador referido para considerarse “título ejecutivo”, en los términos de la legislación vigente.

Del pronunciamiento de Cámara, es posible extraer dos posturas bien definidas, cuyos fundamentos básicos se mencionan sintéticamente a continuación:

i.- Por una parte, el voto de la Dra. Garzón de Conte Grand, compartido por el Dr. Morán, comienza expresando que “... la facultad del E.N.R.E. de aplicar este tipo de sanción, surge de la ley 24.065 (cap. XV) y la fuerza ejecutiva de la resolución que la impone constituye una aplicación del principio sentado por el art. 12 de LNPA”. Asimismo, se agrega en el voto bajo referencia que la resolución del ente regulador es un documento expedido por un funcionario público, el vicepresidente del E.N.R.E., que participa, por tanto, de la naturaleza de los instrumentos públicos¹⁰⁹².

ii. Sin embargo, del voto minoritario, de la Dra. Herrera, surge una postura absolutamente opuesta, pues, en este caso, se considera

¹⁰⁹¹ Vid. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 2ª, “Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E.) - Resolución 169/2002 v. EDELAP S.A.”, sentencia del 9 de octubre de 2007. En el caso bajo análisis, el ente regulador procura judicialmente, por vía ejecutiva, el cobro de la multa administrativa impuesta a E.D.E.La.P., mediante resolución E.N.R.E. 169/2002.

¹⁰⁹² *Ibid.*, voto de la Dra. Comte Grand, considerandos 4 y 5.

que el ente regulador “... es un ente autárquico perteneciente a la Administración Pública descentralizada...” y que, por lo tanto “... las competencias atribuidas a dicho órgano se rigen por el principio de especialidad, el cual dispone que su ámbito de actuación se encuentra previamente acotado por la norma y no puede ser extendido por la mera voluntad del agente público”¹⁰⁹³, agregando también que las prerrogativas y potestades del regulador “...encuentran su límite en el propio cuerpo normativo” de su creación¹⁰⁹⁴.

Luego de asumir la postura presentada, concluye el voto bajo análisis que ni del marco regulatorio de la electricidad, aprobado mediante Ley 24.065, ni de su norma reglamentaria, surge competencia expresa alguna a favor del E.N.R.E., para perseguir el cobro de las multas impuestas por incumplimientos contractuales a través de la vía ejecutiva.

Este breve pronunciamiento judicial que se comenta, muestra a las claras la imperiosa necesidad de afirmar una postura judicial definida sobre aspectos elementales de la regulación y el alcance de las competencias de los entes reguladores, pues más allá de tratarse de un caso particular y de que el E.N.R.E. puede perseguir el cobro de la multa por la vía ordinaria, el voto de minoría, invocando el principio de la especialidad, pero afirmándose en idénticas normas que el voto de mayoría, alcanza conclusiones absolutamente contrapuestas al mismo.

En definitiva, y desde un punto de vista crítico, teniendo en cuenta la importancia que tiene para el correcto y eficiente ejercicio de la actividad reguladora sobre los servicios públicos, las potestades sancionatorias de los entes reguladores, no es admisible que, transcurridos 15 años desde la creación del E.N.R.E., no se haya definido judicialmente la naturaleza jurídica de las multas impuestas por incumplimientos contractuales.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, voto de la Dra. Herrera, considerando IV.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.* considerando V.

5. SOBRE LA ACTIVIDAD DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. SÍNTESIS Y REMISIÓN

Ya hemos visto como la resolución de controversias por parte de los sujetos reguladores ha generado los mayores debates jurisprudenciales¹⁰⁹⁵ y doctrinarios¹⁰⁹⁶. Sucede que respecto del ejercicio de actividad jurisdiccional, ronda inevitablemente el viejo dilema sobre la procedencia de su ejercicio por parte de órganos administrativos, motivo por el cual es doblemente necesario encauzar - fijar límites y condiciones - la resolución de controversias a cargo de los entes reguladores, mediante un estudio más profundo sobre el alcance de las competencias generales atribuidas a los mismos, lo cual se ha intentado más arriba.

En efecto, como puede evidenciarse, el presente trabajo comenzó con la intención de desentrañar si los entes reguladores son tribunales administrativos o si, al menos, ejercen funciones jurisdiccionales, y, de dicha concreta pero limitada búsqueda inicial, resultó un estudio sobre el alcance de sus competencias en general.

A partir de la creación de los “entes reguladores de servicios públicos” se podía prever que en algún momento la Corte Suprema de Justicia de la Nación encontraría una nueva oportunidad para cerrar de una vez por todas, al menos en el ámbito de la jurisprudencia, el debate histórico sobre los tribunales administrativos, debate que ya había sido objeto de numerosos pronunciamientos del mismo tribunal referido y que involucra básicamente las siguientes cuestiones aún indeterminadas:

i. si es posible aceptar la existencia de tribunales administrativos en nuestro derecho, teniendo en cuenta lo establecido en el ar-

¹⁰⁹⁵ Decimos “jurisprudenciales” por que los fallos de los distintos tribunales inferiores suelen ser sumamente contradictorios, lo cual es de esperar en el marco de la ambigüedad que marcamos más arriba respecto de los fallos de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¹⁰⁹⁶ En este punto nos remitimos al estudio realizado en la primera parte de este trabajo y las citas allí realizadas.

título 109° de la Constitución Nacional y, en su caso, cuales sería los requisitos básicos a cumplir;

ii. si es posible encomendar a organismos administrativos la resolución de controversias entre particulares regidas por normas del derecho privado, de conformidad a lo establecido en el artículo 75°, inciso 11° de la Constitución Nacional;

iii. si la labor encomendada a organismos administrativos, cuando involucra la resolución de controversias, debe siempre considerarse ejercicio de función jurisdiccional o si se trata de una manifestación más del ejercicio de la función administrativa;

iv. si los actos emanados de la resolución de controversias, a cargo de organismos ajenos al Poder Judicial, son actos administrativos regidos por la Ley que regula sus formas y procedimientos¹⁰⁹⁷ o si deben calificarse como “sentencias” o “fallos” o simplemente actos jurisdiccionales y;

v. si los entes reguladores son organismos administrativos o tribunales administrativos y si ejercen función jurisdiccional o administrativa.

A los efectos de ser breves, corresponde aquí remitirse a todo lo analizado y opinado sobre el fallo Ángel Estrada en los capítulos correspondientes, sin embargo, se considera útil y necesario, para completar debidamente este capítulo sobre los pronunciamientos judiciales más importantes y trascendentes, reiterar las diez conclusiones que en su momento se esbozaron y que permiten conformar una idea sobre las cuestiones resueltas y las no resueltas.

En tal sentido, es posible destacar lo siguiente:

í. La Corte no niega la posibilidad de que, en nuestro derecho, sea constitucionalmente aceptable la existencia de tribunales administrativos, pero sí establece los requisitos que los mismos deberían cumplir para ser reconocidos como tales, es decir: que sus decisiones

¹⁰⁹⁷ Vid. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, sus normas complementarias y reglamentarias y las normativas que específicamente reglamente los actos de los entes u órganos en cuestión.

sean objeto de control judicial suficiente; que el órgano haya sido creado por Ley; que esté asegurada su independencia e imparcialidad; que sus competencias traten sobre cuestiones exclusivamente regidas por el derecho público, excluyendo los conflictos entre particulares a los que se aplica normas del derecho común y; que exista un razonable objetivo político y económico como basamento de su creación.

ii. De los cinco requisitos establecidos por la Corte, tres constituyen requerimientos reglados, siendo la constatación de su cumplimiento una tarea relativamente sencilla desde el análisis jurídico. Nos referimos concretamente al requisito del control judicial sobre las decisiones dictadas en ejercicio de función jurisdiccional por parte de un organismo administrativo - o en su caso del tribunal administrativo -, la creación por ley de tales organismos y la delimitación material de las controversias a ser tratadas, las cuales siempre deben tratarse de casos para cuya resolución se aplica el derecho público.

Por el contrario, los otros dos requerimientos - independencia e imparcialidad y objetivo político y económico razonable para su creación - instauran hacia el futuro un enorme margen de discrecionalidad a favor del Poder Judicial, para juzgar sobre la constitucionalidad de eventuales tribunales administrativos, aún cuando las normas de creación cumplieren acabadamente con las condiciones regladas mencionadas en el párrafo anterior.

iii. Para fundar su postura restrictiva respecto de las cuestiones que pueden ser sometidas a la resolución previa de tribunales administrativos, la Corte Federal argentina adopta como base los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica mediante la denominada doctrina de la jurisdicción primaria.

iv. El Alto Tribunal no impugna la validez constitucional de los organismos administrativos, cuya creación, composición y reglas de funcionamiento no concuerden con los requisitos exigidos para constituirse en verdaderos tribunales administrativos, pero si se encarga de aclarar que, de no cumplirse con los 5 requerimientos

enunciados, ningún organismo administrativo, ente regulador en el caso, posee competencia para dirimir conflictos con arreglo a principios de la legislación común.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se limita a establecer que cualquiera sean las competencias asignadas a éstos organismos, deben abstenerse de intervenir cuando no se satisface alguno de sus requerimientos.

v. El fallo no tiene expresiones terminantes respecto de la naturaleza jurídica de los denominados “entes reguladores de servicios públicos”, y especialmente se abstiene de emitir opinión fundada expresa sobre tal naturaleza, respecto del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, pero sí excluye expresamente del ámbito de actuación del mismo la resolución de controversias entre particulares, en aquellos casos en que para hacerlo deba aplicarse el derecho común.

vi. Implícitamente, la Corte deja entender que los “entes reguladores de servicios públicos” no son tribunales administrativos ni deben ser considerados o calificados como tales, pero no queda claro si además les prohíbe ejercer funciones jurisdiccionales, cuestión esta última que no es tratada de manera categórica, desde lo jurídico, en la sentencia bajo comentario.

vii. Por el contrario, cuando la Corte excluye de las controversias a resolver por los entes reguladores aquellas suscitadas entre particulares y regidas por el derecho común, es razonable entender que “no excluye” las suscitadas entre entidades públicas estatales y no estatales con los particulares, sean éstos usuarios o prestatarios¹⁰⁹⁸ y que

¹⁰⁹⁸ De hecho, el ente regulador debe resolver conflictos suscitados entre un Ministerio o Secretaría de Estado y un prestador, por ejemplo por temas vinculados con una obra pública que el primero ejecuta. En tal sentido es común que se planteen reclamos de un organismo estatal ejecutor o contratante de la ejecución de una autopista contra empresas transportistas o distribuidoras de electricidad para que se trasladen las instalaciones en determinada área. Es decir, se trata de conflictos entre personas públicas y privadas que se resuelven con aplicación de normativas previstas en las reglamentaciones o en el mismo contrato de concesión. En otro orden, se plantearon ante un ente regulador reclamos de municipios contra distribuidores de gas natural y de energía eléctrica por cobro de tributos

tampoco excluye las controversias entre particulares regidas por el derecho público¹⁰⁹⁹.

Esto es fundamental si se tiene en cuenta que los conflictos mencionados en éste párrafo como “no resueltos ni referidos por la Corte al resolver el caso Ángel Estrada”, ocupan más del cincuenta por ciento de los casos que, en la práctica regulatoria diaria, cualquier ente regulador de servicios públicos debe resolver.

De manera que, además de haberse expedido confusamente en el tema principal sobre el cual se ocupó, el más Alto Tribunal directamente omitió “ocuparse” de los temas más importantes. “Importantes” por la frecuencia con que se presentan y por su complejidad.

viii. Los tribunales judiciales son ahora quiénes deben expedirse en cada caso sobre la razonabilidad de los motivos que llevaron a la creación de cualquier organismo administrativo que sea calificado como tribunal administrativo.

La pregunta sin responder en el fallo es sí tal examen de razonabilidad también debe practicarse en aquellos casos de organismos administrativos creados por ley, y que, aún cuando la norma de su creación no los califique como “tribunales administrativos”, sí les atribuya expresamente el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Justamente es éste el caso del Ente Nacional Regulador de la Electricidad y del Ente Nacional Regulador del Gas.

ix. Los tribunales judiciales son también quiénes deben examinar y opinar respecto del cumplimiento del requisito de indepen-

(en el caso tasa por uso de espacio público, actividades económicas e ingresos brutos). Es decir, en éste último caso, se trata de conflictos entre personas públicas y privadas regidos por normas del derecho tributario. Nos preguntamos qué sucedería y como resolvería la Corte Suprema un de reclamo de daños y perjuicios efectuado por un organismo del Estado contra el prestatario de un “servicio público” por los mismos motivos que, en su momento, reclamó “Ángel Estrada”.

¹⁰⁹⁹ La Corte no aclara expresamente quién debe resolver los reclamos de daños efectuados por usuarios contra los prestatarios privados, pero cuando la normativa a aplicar integra el Contrato de Concesión. Es lo que sucede con los daños producidos por altas y bajas de tensión eléctrica en artefactos domésticos.

dencia e imparcialidad, en cualquier organismo calificado como “tribunal administrativo” por la ley de su creación. Cabe entonces reiterar el interrogante que se formulara en el punto anterior, es decir, si tales exigencias rigen también respecto de los organismos administrativos que sin haber recibido calificación legal alguna adoptan expresas atribuciones para ejercer funciones jurisdiccionales.

x. Las condiciones para el cumplimiento de los dos requerimientos de la Corte examinados en último término constituyen una verdadera incógnita jurídica, pues el Tribunal se limita a enunciarlos sin analizar ni establecer cuáles son los atributos que hacen al organismo independiente e imparcial. En idéntico sentido, el tribunal referido tampoco desarrolla qué debe entenderse como motivos razonables para crearlos.

CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

Durante el desarrollo del trabajo de tesis que aquí concluye, se construye un concepto del “servicio público” relativamente novedoso respecto de la doctrina tradicional, pero dentro de una línea conceptual acorde con el pensamiento de buena parte de los autores especializados. En la concepción referida, el “servicio público” deja de ser una “actividad económica” para convertirse en una “técnica legislativa”.

Se trata, en definitiva, de una “técnica de regulación sobre determinadas actividades”, entre las cuales pueden incluirse, o no, la provisión de electricidad, gas natural, agua potable, desagües cloacales y el transporte de pasajeros. No obstante ello, las menciones realizadas lo son a título enunciativo, pues tratándose el “servicio público” de una “técnica legislativa” y no de la “naturaleza” o “esencia” de determinada actividad, será siempre fruto de una decisión “de Estado” (manifestada a través de una “Ley”), adoptada según las variables e impredecibles exigencias del interés público.

Esta postura sobre la naturaleza del denominado “servicio público”, permite el fortalecimiento del concepto de “servicio esencial”, es decir aquella, ahora sí, “actividad económica”, en cuyo desarrollo se ve comprometida, conjunta o individualmente, la satisfacción de necesidades básicas de la población, como ser la salud, la educación, la seguridad y el progreso, tanto desde el punto de vista social como económico.

Ahora bien, las construcciones de los conceptos de “servicio público” y de “servicio esencial”, que se desarrollan en buena parte del texto principal, no son una mera elucubración doctrinaria o teó-

rica, sino, por el contrario, constituyen uno de los pilares sobre los cuales se asienta luego el desarrollo de la tesis.

Esto es así porque, a la luz de tales definiciones es posible afirmar, en primer lugar, la necesidad de fijar políticas de estado inamovibles para algunas actividades económicas denominadas como “servicios esenciales”, a través de la técnica legislativa de regulación denominada “servicio público”.

En segundo lugar, como consecuencia de la concepción referida respecto del “servicio público” y del “servicio esencial”, aparece el esquema de distribución de competencias y capacidades entre el sector público y el sector privado, según el cual:

i.- el Órgano Legislativo se ocupa de su calificación y reglamentación básica y general;

ii.- el Órgano Ejecutivo se hace cargo de las reglamentaciones más profundas y particularizadas y de la selección del prestador u operador privado;

iii.- el Órgano Judicial domina el ámbito de resolución de controversias con fuerza de verdad legal y;

iv.- un ámbito independiente funcionalmente y altamente especializado – entes reguladores - ejerce la función de regulación, que incluye tareas de planificación y orientación de las prestaciones hacia la expansión estructural, la calidad técnica, la eficiencia económica y el orden normativo.

Ahora bien, cabe preguntarse cual fue el tratamiento que recibieron tales actividades en nuestro país y, lamentablemente, es necesario reconocer y destacar que el tratamiento normativo y administrativo que han recibido los denominados “servicios esenciales” desde los distintos gobiernos que transcurrieron durante la historia constitucional de la Argentina, dista mucho de lucir como una verdadera política de Estado. Por el contrario, cada Gobierno aplicó criterios, principios e ideas distintas, y mayormente impregnadas de cuestiones ideológicas y conveniencias circunstanciales.

La mencionada “falla” de nuestra historia como Nación y Estado, no sería tan importante ni trascendente social y económicamente si no fuera por la naturaleza y las derivaciones que las prestaciones identificadas como servicios esenciales tienen sobre el bien común, pues, tal como se expresara reiteradamente más arriba, se trata de “actividades económicas que se distinguen de otras porque en su desarrollo producen múltiples consecuencias, positivas o negativas, sobre la satisfacción de necesidades esenciales de la población.

No obstante este marco de incertidumbre, del que derivan consecuencias extraordinariamente perniciosas para la población, la doctrina especializada y la jurisprudencia de los tribunales judiciales, han sabido construir desde sus respectivos ámbitos de actuación, lo que el Parlamento Nacional, las legislaturas provinciales, el Poder Ejecutivo Nacional y los provinciales no supieron, no quisieron o no pudieron hacer, es decir, bases y puntos de partida jurídicos, económicos y técnicos, para la buena marcha de los “servicios esenciales”.

A tal punto llega la desidia e improvisación de las administraciones legislativas y ejecutivas de turno - obviamente con sus dignas excepciones -, que en los últimos años fue la doctrina la principal fuente de ideas y proyectos en búsqueda de una solución a la grave y anárquica situación y, para vergüenza y desazón de todos, la Corte Federal debió “ordenar” al Estado Nacional y al gobierno de la Provincia de Chaco que asegure la provisión de agua potable a toda una población, luego de que quedara demostrada los perniciosos efectos que sobre la salud pública y el cuidado del ambiente generaba la situación de desabastecimiento.

Claro que ello no alcanza para conseguir niveles óptimos de eficiencia y calidad, ni para cubrir las obras e inversiones, de mantenimiento, mejoras y expansión, así como tampoco es suficiente para idear, construir y mantener empresas e instituciones públicas preparadas técnicamente y solventes económicamente, tanto en materia de prestación como en el control, la regulación y la planificación. Y así es como nuestros servicios esenciales contrajeron múltiples enferme-

dades, fueron mal atendidos y peor medicados y, hoy..., agonizan en “terapia intensiva”.

Por ello tal vez, es trascendental, para asegurar un “cambio” positivo, “descubrir” y “exponer” la situación actual de los servicios esenciales. La situación normativa y administrativa preocupa con razón, pero más intranquiliza la razón, las condiciones estructurales y operativas de los servicios esenciales, condiciones que muestran una realidad tan cruda y desconocida que deslegitima al Estado y mancilla a la sociedad: la mitad de la población argentina no accede de manera segura, suficiente y eficiente al agua potable, al saneamiento, a la energía eléctrica y al gas natural, además de las graves falencias existentes en materia de transporte público de pasajeros, urbano e interurbano.

Tampoco el panorama es mucho más alentador desde el punto de vista normativo, pues a través del estudio profundizado de la normativa vigente, se advierte que el supuesto “sistema jurídico vigente”, en realidad, ni es sistema ni está vigente. En efecto, no responde a las características de un “sistema” por carecer de una coordinación armónica entre sus piezas y no puede considerarse realmente “vigente” por ser sus objetivos y motivaciones, desconocidos en los distintos niveles políticos, gubernamentales y sociales.

Ante tal panorama, como primera medida los países que tienen sus servicios básicos, institucional y estructuralmente en vías de desarrollo, como es el caso de Argentina, necesitan asumir esta realidad y, a partir de un trabajo especializado, disponerse a transitar el largo, problemático e incierto camino de “construcción” y “reconstrucción” estratégica de los servicios esenciales, proceso que debe abarcar aspectos normativos, institucionales y operativos y orientarse a la cimentación de un verdadero “Sistema jurídico de planificación, regulación, control y prestación”.

Para ello es importante aprehender la lección de la historia, pues no se trata de buscar soluciones “mágicas” e inmediatas, que no existen, sino de sentar las bases para un desarrollo ágil y sostenido, lo cual sólo es posible con un “sistema” técnicamente autosuficiente,

institucionalmente inamovible y operativamente protegido contra “tentaciones” derivadas de cuestiones ideológicas, de conveniencias políticas, de circunstancias electorales y de medidas “ineficientes”, fruto del desconocimiento y la impericia.

En este esquema de independencia funcional y especialización, aparece con fuerza lo que se denomina “función de regulación” del Estado, la cual, respecto de los servicios esenciales incluye una labor multidisciplinaria y altamente especializada, pero que necesita concretarse de manera permanente, esporádica y conjunta, ante actividades que exige soluciones rápidas, sorpresivas y “cargadas” de aspectos técnicos, económicos, jurídicos y políticos.

Por todo ello, la “función de regulación” sobre los servicios esenciales debe llevarse a la práctica a través de instituciones públicas descentralizadas, con independencia funcional respecto del Estado, de los prestadores y de los usuarios y dotadas del recurso humano lo suficientemente capacitado en las distintas disciplinas involucradas.

Los denominados “entes reguladores de servicios públicos”, son, en nuestro país, los organismos centrales del sistema referenciado, por ocupar un lugar estratégico desde el punto de vista institucional y desempeñar un rol preponderante en el plano operativo. Son ellos quienes deben cumplir, como se explicara, con el ejercicio de la trascendental “función de regulación” desde un ámbito descentralizado, independiente funcionalmente y altamente capacitado.

Sin embargo, y a pesar de las específicas potestades que le atribuyen las normas de su creación, ni la doctrina especializada, ni la jurisprudencia, ni los gobiernos de turno, han reconocido un rol preponderante a los entes reguladores. Incluso, contrariamente a ello, sistemáticamente las distintas autoridades actuaron coartando sus competencias, atropellando sus atribuciones y reduciendo su labor a la de meros organismos de contralor.

Eso es lo que sucede cada vez que se dispone arbitrariamente respecto de la designación de sus directivos, cada vez que se los manilla públicamente, cada vez que se los limita judicialmente y cada vez que se influye, sugestiva o coactivamente, sobre sus decisiones.

Ahora bien, cabe preguntarse como afecta la situación descrita a los servicios esenciales bajo regulación. La respuesta es obvia en el contexto referenciado, pues como los entes reguladores, para bien de unos y mal de otros, son los organismos centrales del degradado “sistema”, la situación mencionada termina afectando integralmente su funcionamiento, provocando mayores ineficiencias operativas y sumiendo en un enorme vacío institucional y normativo aspectos tan importantes como la planificación de la infraestructura, la definición de las inversiones y las estrategias operativas.

En otros términos, al menos mientras los “entes reguladores” tengan asignadas las numerosas y abarcadoras competencias que les atribuye el sistema mismo, pretender desconocerlas sólo contribuye al “caos institucional” y el “deterioro estructural”, pues ningún otro organismo del Estado se encuentra normativamente legitimado y funcionalmente capacitado para suplirlos.

Por ello, se considera forzoso e imprescindible un “golpe de timón” en lo atinente a la postura política, doctrinaria y jurisprudencial actualmente existente respecto de la regulación de los servicios esenciales. A modo de respetuosa “propuesta”, se plantea fundadamente aquí la necesidad de reconocer a los “entes reguladores” el estratégico y trascendental rol que la normativa actual les atribuye, rol que, por otra parte, encuentra suficiente justificación en la imperiosa necesidad de reservar la coordinación del sistema en organismos independientes, imparciales y especializados.

De acuerdo con lo expresado, es también importante resolver la cuestión suscitada respecto de la naturaleza jurídica de los entes reguladores, pues la polémica “promovida” sobre el alcance de sus competencias impidió, desafortunadamente, la definición y el cerramiento de algunos aspectos vinculados con el derecho.

En este último sentido, en el marco de una amplia consideración conceptual respecto de los alcances de la “función de regulación” – siempre respecto de los servicios esenciales – y del reconocimiento a los entes reguladores de un rol pro-activo y estratégico, se advierte que tales instituciones no pueden localizarse solo como “tri-

bunales administrativos”, ni sus actos ser calificados como “jurisdiccionales”, así como tampoco es acertado, por insuficiente, decir que ejercen el “poder de policía” sobre los servicios bajo regulación.

Los entes reguladores son, en definitiva, organismos administrativos que ejercen la función administrativa mediante el dictado de “actos administrativos”. No obstante ello, debido al notorio grado de especialización que requieren las tareas a su cargo y al carácter multidisciplinario de las mismas, tales organismos reúnen un grado extraordinario de independencia funcional, sus decisiones son fruto de una actividad netamente discrecional y la revisión administrativa o judicial de sus actos debe respetar, en principio, el contenido técnico, jurídico y económico de los mismos, sin perjuicio de las cuestiones formales y del respeto por los principios de equidad y razonabilidad.

El alcance de sus competencias es tan amplio e ilimitado como “amplio e ilimitado” es el rol “estratégico” y “trascendental” que se les encomendó. Asimismo, el grado de discrecionalidad de sus decisiones se vincula estrechamente con la necesidad de asegurar un “regulador” lo suficientemente “libre” y “habilitado” como para conducir las acciones de todos los actores del mercado hacia el bien común e inclinar la “balanza” en defensa de los más débiles.

Los entes reguladores de servicios públicos creados en nuestro país son organismos administrativos que ejercen la función administrativa y emiten actos administrativos, y que, a todo evento, la nota que los distingue es la gran amplitud de sus potestades y la discrecionalidad con que ejercen sus competencias, todo ello en el marco de actividades económicas sumamente dinámicas y de servicios afectados por factores externos de gran variabilidad.

La promoción y defensa de un sistema independiente y especializado de regulación pública, que en esta obra se intenta, se circunscribe a las actividades económicas sometidas a una técnica legal de “servicio público”, es decir, los “servicios esenciales”. El sistema que se propone no es fruto de simples elucubraciones teóricas, por el contrario, su impulso encuentra sustento en el probado razonamien-

to de que solo así podrán corregirse las graves falencias de que adolecen tales actividades en nuestro país. Falencias que, por otra parte, adquieren entidad especial cuando se advierte que reacaen directa e indefectiblemente sobre valores tan importantes como la vida, la salud, la seguridad y el desarrollo económico.

El desarrollo y fundamento de este trabajo, mediante el cual se arriba a las conclusiones antedichas, es consecuencia de la investigación histórica y de experiencias vividas tanto desde el sector público o privado. Fue justamente en tal contexto, y ante las diáfanas evidencias, que surgió la imperiosa necesidad de demostrar la histórica ausencia de verdaderas políticas de Estado respecto de los servicios esenciales, así como también de probar que lo poco que se planteó razonablemente, en la práctica no perduró lo suficiente como para producir resultados acordes con las necesidades a cubrir.

Es cierto que a través de los años existieron loables intentos aislados de “construir” un verdadero “sistema” de prestación, regulación y planificación respecto de los servicios esenciales, sin embargo, no dejan de ser meros “intentos” cuyos lineamientos principales, al poco tiempo de adquirir vigencia formal, sea por cambios de Gobierno o por inoperancia para llevarlos a la práctica, comienzan un irreversible proceso de “descomposición” y “retroceso”.

Con frecuencia, luego de un tiempo de transitar “a puros tropezones”, los procesos de sistematización suelen declinar bajo la presión artera y escandalosa de quienes se amparan en el desorden y la anarquía para sobrevivir, desapercibidamente y aprovechándose de la necesidad ajena.

Cada vez que tales “políticas” tendientes a la sistematización se inician y se interrumpen, quedan en el camino expedientes, llenos de expectativas e ilusiones, deambulando fantasmagóricamente por pasillos y oficinas. Por cada interrupción, la Nación Argentina, la gran mayoría de sus integrantes sin saberlo, renueva el “contrato” con la ilegalidad y la improvisación, con las conexiones clandestinas y los “servicios de favor”.

Cada vez que fracasa la sistematización de los servicios esenciales, se asegura, por unos años más, la subsistencia del misterioso mercado de los “servicios alternativos”, mercado que, vale remarcarlo, llega a movilizar mucho más dinero que el de los servicios “principales”..., por llamarlos de algún modo.

Cada vez que ello sucede, sobrevienen tiempos de anarquía, tanto desde el punto de vista legislativo como ejecutivo, durante los cuales reina un silencio cómplice y culposo. Especie de “sálvese quién pueda”, que en la práctica implica el “caos”, bajo el imperio de una nefasta “premisa”: cada autoridad pública debe procurarse, por cualquier medio y a cualquier costo, el modo de satisfacer los requerimientos de la población.

Es importante construir día a día instituciones públicas legítimas y legitimadas, en todos los ámbitos del Estado, pero más aún en aquellos cuyo desarrollo eficiente y continuo permite responder adecuadamente a las necesidades esenciales de la población.

En materia de servicios esenciales, la estabilidad de los marcos regulatorios y la fortaleza de los entes reguladores contribuyen a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, al tiempo que aseguran la base sólida donde construir un desarrollo socio – económico sustentable.

La realidad de nuestros servicios esenciales, la precariedad de la infraestructura, la dispersión normativa y el deterioro institucional deben servir como un tremendo “llamado de atención” respecto de los riesgos que tal situación provoca sobre la salud, la seguridad y la educación, cometidos esenciales del Estado.

Argentina debe disponerse a edificar un verdadero “sistema”, inmune a los cambios políticos, a los intereses partidarios y, muy especialmente, a los antojos ideológicos. Los denominados “servicios públicos” son demasiado trascendentes, para la vida de los pueblos y el progreso de las naciones, como para dejarlos librados a la voluntad de los gobernantes.

Es necesario asegurar que, tanto el Gobierno del Estado como los integrantes del sector privado, los usuarios, e incluso los mismos entes reguladores, desarrollen sus acciones sobre cimientos sólidos e inalterables, y para que ello sea posible es necesario conformar un sistema con mecanismos de autodefensa, dotado de alarmas que ensordezcan a quién pretenda violentarlos y advierta de ello a los hombres de bien.

El pensamiento no se detiene. El papel se estruja bajo la presión incómoda de la mano cansada. La mente inquieta y angustiada se niega al sosiego, peregrina alborotada por la historia..., busca explicaciones lógicas para tanta irracionalidad. No las encontrará..., lo sabe..., igual las busca.

Deambulan por las calles los niños de la “escuela sin gas”, sufren del frío... sus padres de bronca..., de dolor. No pueden llorar... deben simular estar bien.

Los hospitales están vacíos..., adentro. Afuera se amontonan los enfermos... se mueren. El Director sabe que adentro morirán igual..., con frío, con calor, sin gas, sin electricidad..., si mueren afuera no es su responsabilidad.

La abuela de 70 años sube por segunda vez en el día los 7 pisos del “edificio sin luz”, alguien la vigila de cerca... ¿para ayudarla?. Sabe que no. No puede gritar... todos se fueron.

En un rincón de la ciudad especialmente reservado para ellos, sobrevivientes de los barrios “sin agua segura”, descansan sus cuerpos enfermos y contagiosos. Miran sin mirar, hablan sin hablar y de repente callan..., esperan que alguien hable por ellos.

En algún lugar del mundo una madre no puede salir para visitar a su hija moribunda. Un dictador se lo prohíbe. En Argentina otra madre pierde su hija en un lejano hospital sin poder mirarla a los ojos..., no puede llegar..., barro, lluvia..., dolor. Los diarios hablan del dictador..., y de nuestra madre... quién habla?.

¿Mentiras?. Lamentablemente no. Hay un país distinto al que pintan las estadísticas de escritorio. Cada vez más advertido por el

ojo del reportero. No es la Argentina “secreta” u “oculta”..., salvo ante la mirada del insulso. No es la Argentina “interna”..., esta a la vuelta del simbólico gigante blanco y afinado.

Las pulsaciones bajan. El pensamiento calma su alboroto. Espera..., reflexiona. No es fatal tener “miserias”..., lo es no asombrarse ante ellas..., sin asombro no hay esperanza.

El Derecho..., si, el Derecho, puede y debe manifestar su asombro, para que las voces deseosas de los niños, pidiendo un futuro mejor, se escuchen..., antes que callen..., aunque luego callen.

BIBLIOGRAFÍA

1. DICCIONARIOS, LIBROS Y ARTÍCULOS PUBLICADOS EN REVISTAS ESPECIALIZADAS

- Manuel A. ABDALA y Pablo T. SPILLER, *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*, Temas Grupo Editorial, Fundación Gobierno y Sociedad, Buenos Aires, 2000.
- Pedro ABERASTURY, “La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos”, *Revista Jurisprudencia Argentina. Número Especial 2005 – III, El Caso Ángel Estrada*, Nidia K. CICERO y Denise BLOCH, Coordinadoras, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, página 3).
- Oscar AGUILAR VALDEZ, “Reflexiones sobre las “funciones jurisdiccionales” de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración”, *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires, 1994.
- Oscar AGUILAR VALDEZ, “El acto administrativo regulatorio”, en *Acto Administrativo y Reglamento*, publicación de las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Ediciones R.A.P., Buenos Aires, 2001.
- Juan Bautista ALBERDI, *Bases*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- Carlos R. ALCONADA ARAMBURÚ, “Rol del Estado en la economía”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1990, año 2. Ediciones Depalma.
- Vicente ALVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- Gaspar ARIÑO ORTIZ y Juan Carlos CASSAGNE, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.
- Gaspar ARIÑO ORTIZ y Juan Miguel De La CUÉTARA, “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos”, *Cuaderno de Derecho Público, n° 9*, Instituto Nacional de la Administración Pública – Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, enero – abril de 2000.

- Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Centro de Estudios sobre la Regulación Económica de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1999.
- Gaspar ARIÑO ORTIZ, "La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia", en Juan Carlos CASSAGNE - Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.
- Mark ARMSTRONG, Simon COWAN, y John VICKERS, "Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience". *Mitt Press Series on the Regulation of Economic Activity*, N° 20, Instituto de Tecnología de Massachusetts, The Mitt Press (1994).
- Daniel AZPIAZU, Martín SCHORR, Emilio CRENZEL, Gustavo FORTE y Juan Carlos MARÍN, "Agua potable y saneamiento en Argentina. Privatizaciones, crisis, inequidades e incertidumbre futura", 2005 (proyecto Prinwass «Barriers to and conditions for the involvement of private capital and enterprise in water supply and sanitation in Latin America and Africa: Seeking economic, social, and environmental sustainability» European Commission-5th Framework Programme (INCO-DEV), Contract: PL ICA4-2001-10041.
- Celso A. BANDEIRA DE MELLO, "Responsabilidade extracontractual do Estado por comportamientos administrativos", en la obra conjunta editada con motivo de las *Jornadas sobre la Responsabilidad del Estado* celebrado en la Provincia de Tucumán, Editor UNSTA, Tucumán, 1982.
- Jorge Edmundo BARBARA, "El Estado post - privatizado. Los Entes Reguladores", trabajo realizado para su presentación en el *1° Congreso nacional de Ciencia Política* - Córdoba, Argentina, 3 al 7 de noviembre de 1993.
- Rodolfo Carlos BARRA, "Entes reguladores. Cuanto menos limiten mejor", publicación realizada en *diario Clarín del 24 de noviembre de 1998*.
- Rodolfo C. BARRA, "Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional", *Revista Jurídica de Jurisprudencia Argentina*, 2005 - III Número Especial, *El caso Ángel Estrada*, Nidia K. CICERO y Dense BLOCH, Coordinadoras. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires, 31 de agosto de 2005, página 12.
- Rodolfo Carlos BARRA, "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público". *Revista Jurídica La Ley* 1982-B-363.
- Rodolfo C. BARRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco, 1ª edición, Buenos Aires, 1980.
- Rodolfo Carlos BARRA, "La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Depalma, año 3, 1991.

- Jorge O. BATISTA, "Luces y sombras del decreto 272/06", *Digesto Jurídico* del 7 de junio de 2006.
- Alberto BENEGAS LINCH, *Hacia el autogobierno*, Atlántida, Buenos Aires, 1994.
- Alberto B. BIANCHI, *Responsabilidad del estado por su actividad legislativa*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Alberto B. BIANCHI, "El derecho constitucional argentino en la década de 1930 (A propósito del nacimiento de la Revista La Ley)". *Revista Jurídica La Ley* 2005-F-1302.
- Alberto B. BIANCHI, "La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control". *Revista Jurídica La Ley* 2000-D, 534.
- Alberto BIANCHI, *La regulación económica. Desarrollo Histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina*, tomo I, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2001.
- Alberto B. BIANCHI, "Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional". *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 17.
- Alberto BIANCHI, "¿Qué son los entes reguladores? (Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico)". *Revista Jurídica El Derecho, Universidad Católica Argentina*, 2000, 186-675.
- Alberto B. BIANCHI, "La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades". *Revista Jurídica La Ley* 1989 - C, 47.
- Rafael BIELSA, "Algunos principios de derecho sobre concesiones de servicio público" en *Estudios de Derecho Público*, tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950.
- Antonio BLASCO ESTEVE, "La huelga de los funcionarios públicos", *Estudios sobre la Constitución española*, t. III, Civitas 1991.
- Jorge Eduardo BUSTAMANTE, *Desregulación*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1994.
- María Cristina CAMPAGNA y Alfredo MASON, *Teoría del Estado*, Biblios, Buenos Aires, 1997.
- José CANASI, *Derecho Administrativo*, volumen I, parte general, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972.
- Armando N. CANOSA, "La delegación legislativa en la nueva constitución", en Juan Carlos CASSAGNE (Director), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.
- Mariano CARBAJALES, *El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

- Luis Armando CARELLO, "El "poder de policía". Modernas tendencias". *Revista Jurídica La Ley 1994-D*, 687.
- Juan Carlos CASSAGNE, "La transformación del Estado". *Revista Jurídica La Ley 1990-E-898*.
- Juan Carlos CASSAGNE, *La huelga en los servicios esenciales*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993.
- Juan Carlos CASSAGNE, *Intervención Administrativa*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- Juan Carlos CASSAGNE, "Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual". *Revista Jurídica La Ley 1994-D*, 948.
- Juan Carlos CASSAGNE, *Estudios de Derecho Público*, Editorial Depalma, 1995.
- Juan Carlos CASSAGNE, "El servicio público y las técnicas concesionales". *Revista Jurídica La Ley*, 1995, C-1174.
- Juan Carlos CASSAGNE, *Los principios del derecho en el derecho administrativo*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Juan Carlos CASSAGNE, "Presente y futuro de la regulación económica". *Revista Jurídica La Ley*, 1996-C-1122.
- Juan Carlos CASSAGNE, *La Regulación Económica. Estudio Preliminar*, Editorial Ábaco - Universidad Austral, publicación del Centro de Estudios sobre la Regulación Económica, Buenos Aires, 1996.
- Juan Carlos CASSAGNE, "De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo", en *El derecho administrativo argentino hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.
- Juan Carlos CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Juan Carlos CASSAGNE, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización". *Revista Jurídica La Ley 2002-B*, 855.
- Juan Carlos CASSAGNE, "Los contratos públicos y la reciente ley de emergencia". *Revista Jurídica La Ley 2002-C-1037*.
- Juan Carlos CASSAGNE, "La configuración de la potestad reglamentaria". *Revista Jurídica La Ley 2004-A*, 1144.
- Juan Carlos CASSAGNE, "En torno a la evolución de las instituciones del Derecho Administrativo argentino y sus principales tendencias". *Revista Jurídica El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo*, mayo de 2005, página 8.
- Juan Carlos CASSAGNE, "El servicio público en el campo de la contratación administrativa", en Juan Carlos CASSAGNE - Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Servicios públi-*

- cos, *regulación y renegociación*, Capítulo II, Editorial Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.
- Juan Carlos CASSAGNE, "Seguridad jurídica en los servicios públicos privatizados. Bases para una renegociación de los contratos", en Juan Carlos CASSAGNE - Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Capítulo III, Editorial Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.
- Juan Carlos CASSAGNE, "Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso "Angel Estrada"). *Revista Jurídica La Ley*, 2005 - C, 736.
- Juan Carlos CASSAGNE - Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.
- Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 2 tomos, 8º Edición actualizada, Editorial Lexis Nexis - Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2006.
- Juan Carlos CASSAGNE, "El futuro de los servicios públicos", en *Desafíos de la Regulación, Jurisprudencia Argentina, 2006 - III, Número Especial*, Lexis Nexis, agosto de 2006.
- Juan Baustista CINCUNEGUI, "Regulación Pública, Poder de Policía - Servicio Público de Control - Estado de Excepción - Desregulación". *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, 184:42.
- Rubén Miguel CITARA, *El servicio público*, parte I, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1995.
- Carlos E. COLAUTTI, *Responsabilidad del Estado (problemas constitucionales)*, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- Julio Rodolfo COMADIRA, "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al E.N.R.E., E.Na.R.Gas, ETOSS y CNT)", en *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1996.
- Julio Rodolfo, COMADIRA, *Derecho Administrativo*. Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires. Argentina. 1996.
- Pedro José Jorge COVIELLO, "¿Qué es la jurisdicción primaria?. Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso "Ángel Estrada)". *Revista Jurídica El Derecho, diario del 29 de abril de 2005*.
- Juan Miguel De La CUÉTARA y Gaspar ARIÑO ORTIZ, "Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos", *Cuademo de Derecho Público, nº 9*, Instituto Nacional de la Administración Pública - Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, enero - abril de 2000.
- Julio César DE LA VEGA, *Diccionario Consultor Político*, Libro Rojo, Ediciones Librograf Editora S.R.L, Buenos Aires, 1996.

- Carlos E. DELPIAZZO, "Acerca de la imputación de responsabilidad del Estado en el derecho comparado actual". *Revista Jurídica El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo del 30 de marzo de 2000*.
- Diccionario Jurídico Abeledo - Perrot, Tomo III, P - Z, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1987.
- Diccionario Enciclopédico SALVAT*, Salvat Editores S.A., Madrid 1997.
- Diccionario Enciclopédico SALVAT*, Ediciones Malvinas Argentinas S.R.L., Buenos Aires, 2001.
- Diccionario Jurídico FORUM*, Tomo III, O - Z, Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1948.
- Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 22º Edición.
- Manuel María DIEZ, *Derecho Administrativo*, tomo I, Bibliográfica Ameba, Buenos Aires, 1963.
- Héctor Jorge ESCOLA, *Tratado General del Procedimiento Administrativo*, 2º edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981.
- Tomás Ramón FERNANDEZ y Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Administrativo I*, séptima edición, Civitas, Madrid, 1995.
- John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- Bartolomé A. FIORINI, *Poder de Policía, Teoría Jurídica*, Alfa, Bs.As., 1962.
- Bartolomé A. FIORINI, *Derecho Administrativo*, 2ª edición, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1976.
- Bartolomé A. FIORINI, "Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional". *Revista Jurídica La Ley*, tomo 101 - 1027.
- Abel FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, "Funciones jurisdiccionales del ente único regulador de los servicios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". *Revista Jurídica La Ley 2001-D*, 1034.
- Milton y Rose FRIEDMAN, *Free to choose*, traducción de Planeta-Agostini, 1979.
- Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, séptima edición, Civitas, Madrid, 1995.
- Alberto Manuel GARCIA LEMA, *La reforma por dentro (La difícil construcción del consenso constitucional)*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1994.
- Isidoro H. GOLDENBERG - Néstor A. CAFFERATTA, "El papel del Estado en la etapa de pos privatización - Los entes reguladores". *Revista Jurídica La Ley 1998-F*, 1172.

- Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3º edición, tomo I, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1995.
- Mariano GRONDONA, *Corrupción*, Editorial Planeta. Buenos Aires. 1993.
- Eliás P. GUASTAVINO, *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, tomo I*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II - Obras - Número 19, Buenos Aires, 1987.
- A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, edición del Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- Dieter HELM y Rajah NAJMA, "Water regulation: the periodic review", *Fiscal Studies* N° 2, mayo (1994).
- Héctor HUICI, "La actividad jurisdiccional de los entes reguladores". *Revista Jurídica La Ley 1996-B*, 843.
- Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico - privado*. UNSTA. 1982.
- Eugenio LAHERA, *¿Que hay de nuevo en las regulaciones?*, publicación conjunta CLAD - EUDEBA, Buenos Aires, 1998.
- David S. LANDES, *La riqueza y la pobreza de las naciones (The Wealth and Poverty of Nations*, 1999), Editorial Vergara, Buenos Aires, 2001.
- Juan Francisco LINARES, "La garantía de defensa ante la Administración". *Revista Jurídica La Ley*, tomo 142-1137.
- Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Editorial Plus Ultra, 1987.
- Jorge MAIORANO, "Algunas reflexiones acerca de la noción de servicios públicos". *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 14, 1976.
- Héctor A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.
- Héctor A. MAIRAL, "La ideología del servicio público", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 14, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.
- Nicolás MAQUIAVELO, *El Príncipe (1513)*, Jorge García López, Editorial Síntesis, Madrid, 2004.
- Miguel S. MARIENHOFF, "Administración pública. Actividad jurisdiccional de la Administración". *Revista Jurisprudencia Argentina* N° 1302 del 14 de agosto de 1962.
- Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1995.

- Miguel S. MARIENHOFF, Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho Público, Abeledo - Perrot, 1996.
- Sebastián MARTIN - RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, tomo I, Editorial La Ley, 1988.
- Patricia Raquel MARTINEZ, "Régimen tarifario de los servicios públicos", en la obra colectiva *Los servicios públicos, régimen jurídico actual* (Jorge SARMIENTO GARCÍA, Director). Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Alfredo MASON y María Cristina CAMPAGNA, *Teoría del Estado*, Biblios, Buenos Aires, 1997.
- Ismael MATA, "El "caso Estrada y las competencias de los entes reguladores para resolver conflictos sobre daños y perjuicios". *Revista de la Administración Pública*, tomo 322, página 73, Editorial Ciencias de la Administración (versión digital de Mayo de 2005 en <http://www.rapdigital.com.ar>).
- Ismael MATA, "Noción actual del servicio público (luego de las reformas del Estado y de la CN)", *Jornadas Jurídicas sobre el Servicio Público de Electricidad*, Buenos Aires, 8 y 9 de junio de 1995, Ente Nacional Regulador de la Electricidad.
- Ismael MATA, "Panorama del Control sobre los Entes Reguladores". *Revista Jurídica El Derecho, Suplemento Administrativo*, marzo de 2001 (30 de marzo de 2001).
- Ismael MATA, "Una visión sesgada de la regulación". *Revista del Régimen de la Administración Pública*, N° 256, página 101 y ss., enero 2000. Editorial Ciencias de la Administración (versión digital en <http://www.rapdigital.com.ar>).
- Ismael MATA, "La competencia de los entes reguladores". *Suplemento de Derecho Administrativo*, 2006 - I, Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, 22 de febrero de 2006, página 29.
- Ismael MATA, "La reforma del Estado y el regreso al Estado empresario", *Revista Jurisprudencia Argentina*, 2007 - II, Número Especial, Fascículo 8, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 23 de mayo de 2007.
- Thobani MATEEN, "Private Infrastructure", en *Public Rista Firmance and Development*, March, 1999.
- José Luis MEILAN GIL, "El servicio publico en el derecho actual". *Revista de Derecho Administrativo*, N° 17, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Eduardo MERTEKEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2001.
- Barry M. MITNICK, *La Economía Política de la Regulación*, Fondo de Cultura Económica/Economía Contemporánea, 1989.
- Carlos Luís de Secondat, barón de la Bréde y de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes o de la relación que las leyes deben con la Constitución de cada gobierno*, las

- costumbres, el clima, la religión y el comercio. Obra aparecida en noviembre de 1748 y reeditada por Editorial Porrúa. México, 1995.
- Laura MONTI, “El ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema” (Sistematización de jurisprudencia vinculada con el caso “Ángel Estrada”), en Nidia K. CICERO y Denise BLOCH (coordinadoras), *El Caso Ángel Estrada, Revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial 2005 – III*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. I.- Los Fundamentos*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- Daniel M. NALLAR, Reflexiones de las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población en América Latina. *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N° 48, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- Daniel M. NALLAR, “Responsabilidad del funcionario público por omisión”, *El Funcionario Público*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (I.E.D.A.), Ediciones Dike – Foro de Cuyo, Bs.As., 2002.
- Daniel M. NALLAR, “Sobre la jurisdicción y competencia del Defensor del Pueblo de la Nación”. *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1997, año 9.
- Daniel M. NALLAR, “El alcance de las competencias de los entes regulatorios (con especial referencia a la función jurisdiccional)”. *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 44, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2003.
- Daniel NALLAR, “La regulación económica del servicio público como factor de seguridad jurídica”, en *Desafíos de la Regulación, Jurisprudencia Argentina, Año 2006 – III, Número Especial*.
- Daniel M. NALLAR, *El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico de la transformación del Estado, las privatizaciones y los entes regulatorios*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Robert NOZICK, *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991.
- Andrés OPPENHEIMER, *Cuentos Chinos. El engaño de Washington, la mentira populista y la esperanza de América Latina*, Editorial Sudamericana. 2005.
- José ORTEGA Y GASSET *La rebelión de las masas (1937)*, edición de Domingo Hernández Sánchez, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- José ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas, XII volúmenes*, Madrid: Revista de Occidente, 1946 – 1983.
- José Luis PALAZZO, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Editorial Depalma, 1995.

- Alejandro PEREZ HUALDE, *El concesionario de servicios públicos privatizados*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Pablo Esteban PERRINO, "La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita", *Revista Jurídica El Derecho*, Suplemento de Derecho Administrativo del 28 de diciembre de 1999.
- María Graciela REIRIZ, "Responsabilidad del Estado" en *El Derecho Administrativo Hoy*, Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires, 1996.
- Juan Carlos ROMERO, *La primera etapa (de la transformación estatal en la Provincia de Salta)*, Ediciones Gofica, 2000.
- Heinrich ROMMEN, *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, Madrid - Buenos Aires, 1951.
- Estela B. SACRISTAN, "Entre la voluntad y las palabras". Suplemento de Derecho Administrativo de Jurisprudencia Argentina, 2006 - I, página 38 a 46.
- Estela B. SACRISTAN, *Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2007.
- Jorge SARMIENTO GARCÍA, *Concesión de Servicios Públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.
- Jorge SARMIENTO GARCIA, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Jorge SARMIENTO GARCÍA (Director), *Derecho Público*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- P. SELZNICK, "Focusing Organizational Research on Regulation, Regulatory Policy and the Social Sciences". R.G. NOLL. *University of California Press, Berkeley*.
- Julio César SIMON, "La nueva regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales". *Revista Jurídica La Ley* 2006-B, 1271 - Sup. CCT 2006 (abril), 1.
- Eduardo SOTO KLOSS, "La responsabilidad pública, enfoque político (un retorno a la idea clásica de restitución)". *Responsabilidad del Estado, UNSTA*, 1982.
- Rodrigo R. TABJA, "La experiencia chilena en materia de regulación", *Diseño estratégico e infraestructura básica. ILPES- CRP- CEPAL- Naciones Unidas* 2002.
- Guido Santiago TAWIL, "Avances regulatorios en América latina". *Revista Jurídica El Derecho*, Suplemento de Derecho Administrativo, abril de 2000.
- Guido Santiago TAWIL, *Administración y Justicia*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.
- J. TIROLE (1999), "Incomplete contracts: Where do we Stand?", *Econometrical* 67:741/781.

- Adolfo Roberto VÁZQUEZ, *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1990.
- Antonio VÁZQUEZ VIALARD, “La regulación legal de la huelga en los servicios esenciales”, *Academia Nacional de Derecho*, 2004 (septiembre).
- John VICKERS y George YARROW, *Privatization: An Economic Analysis*, 1998, The Mitt Express, Cambridge, Massachusetts.
- Francisco VILLAR ROJAS, *Privatización de Servicios Públicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.
- Brian WILLIAMSON, “Incentives and commitment in RPI-X regulation”, *Topic*, N° 2, U.K. National Economic Research Associates (NERA) (1997).
- George YARROW y John VICKERS, *Privatization: An Economic Analysis*, 1998, The Mitt Express, Cambridge, Massachusetts.

2. INFORMES, ESTUDIOS E INVESTIGACIONES ESPECIALES REALIZADOS POR Y PARA INSTITUCIONES, FUNDACIONES U ORGANISMOS INTERNACIONALES Y MULTILATERALES

a) Trabajos realizados por autores, compiladores o coordinadores identificados específicamente

- Daniel AZPIAZU, Martín SCHORR, Emilio CRENZEL, Gustavo FORTE y Juan Carlos MARÍN, “Agua potable y saneamiento en Argentina. Privatizaciones, crisis, inequidades e incertidumbre futura”, 2005, páginas 1/3 (investigación desarrollada en el marco del proyecto Prinwass «Barriers to and conditions for the involvement of private capital and enterprise in water supply and sanitation in Latin America and Africa: Seeking economic, social, and environmental sustainability» European Commission-5th Framework Programme (INCO-DEV), Contract: PL ICA4-2001-10041 (<http://econ.worldbank.org>).
- Antonio ESTACHE y David MARTIMORT, “Politics, Transaction Costs and the Design the Regulatory Institutions”, Policy Research Working Paper, N° 2073, Washington, D.C., Banco Mundial (1999) (<http://econ.worldbank.org>).
- Antonio ESTACHE y Lucía QUESADA, en “Concesión Contract Renegotiations: Some Efficiency vs. Equity Dilemmas”, Noviembre 2001, World Bank Institute (<http://econ.worldbank.org>).

- David DE FERRANTI, Guillermo E. PERRY, Francisco H. G. FERREIRA, Michael WALTON, "Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿ruptura con la historia?", *Estudios del Banco Mundial para América Latina y el Caribe, Resumen Ejecutivo*, 2002 (<http://econ.worldbank.org>).
- Paul DEKOCK, "Economic Regulation", documento de la *Comisión de Estudios para América latina y el Caribe (CEPAL)*, Organización de las Naciones Unidas, 1999 (<http://www.eclac.cl>).
- Vivien FOSTER, "Impacto social de la crisis Argentina en los sectores de infraestructura", *Oficina del Banco Mundial para Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay. Documento de trabajo N.1/05*, Abril 2003 (<http://econ.worldbank.org>).
- Paul JOSKOW, "Regulatory Priorities for Infrastructure Sector Reform in Developing Countries", *Annual Work Bank Conference on Developing Economics 1998* en Boris PLESKOVIC y Joseph STIGLITZ (comps.), Washington, D.C., Banco Mundial (1999) (<http://econ.worldbank.org>).
- Andrei JOURAVLEV, *Regulación de la industria de agua potable, Volumen II: Necesidades de información y regulación estructural*, Serie Recursos Naturales e infraestructura. División de Recursos Naturales e Infraestructura. Comisión de Estudios para América Latina y el Caribe. Naciones Unidas. Santiago de Chile, diciembre de 2001 (<http://www.eclac.cl>).
- Andrei JOURAVLEV, *Regulación de la industria de agua potable. Volumen II: Regulación de las conductas*, Serie recursos naturales e infraestructura, División de Recursos Naturales e infraestructura, Comisión de Estudios para América latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2001 (<http://www.eclac.cl>).
- Andrei JOURAVLEV, "La regulación económica de empresas de agua potable y alcantarillado", documento preparado para el *Primer Curso-Seminario Internacional sobre Provisión y regulación de Servicios de Infraestructura*, Santiago, 1999 (<http://www.eclac.cl>).
- Torence R. LEE and Andrei S. JOURAULEV, "Regulation", documento de la *Comisión de Estudios para América latina y el Caribe (CEPAL)*, Organización de las Naciones Unidas, agosto, 1998 (<http://www.eclac.cl>).
- Danny LEIPZIGER (coordinador), "Invirtiendo en Infraestructura: ¿Qué se necesita entre 2002 y 2010?" (Investing in Infrastructure: What is Needed From 2002 to 2010?), *Directorio de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura del Banco Mundial para América Latina y el Caribe*, 2001 (<http://econ.worldbank.org>).
- Wolfgang F. LUTZ, "Reformas del sector energético, desafíos regulatorios y desarrollo sustentable en Europa y América Latina", Serie Recursos naturales e infraestructura. Proyecto CEPAL/Comisión Europea "Promoción del uso eficiente de la

- energía en América Latina”, Santiago de Chile, junio de 2001 (<http://www.eclac.cl>).
- Pedro MALDONADO, “Análisis de la regulación eléctrica en América Latina”, documento de la Comisión de Estudios para América latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1999 (<http://www.eclac.cl>).
- Thobani MATEEN, “Private Infrastructure”, en *Public Risk Finance and Development*, March, 1999 (<http://econ.worldbank.org>).
- Héctor PITONESI, “Marco regulador, privatización y modernización del Estado”, Proyecto ILPES/CAF, *Serie Gestión pública Desempeño de las industrias de electricidad y gas natural después de las reformas: el caso de Argentina*. Santiago de Chile, diciembre de 2001 (<http://www.eclac.cl>).
- Barbara RICHARD y Telam TRICHE, (1994), “Reducing Regulatory Barriers to Private - sector Participation in Latin America’s Water and Sanitation Services”, *Policy Research Working Paper*, N° 1322, Washington, D.C., Banco Mundial (<http://econ.worldbank.org>).
- Gustavo SALTIEL, “La participación del sector privado en los servicios de agua y saneamiento en la Provincia de Salta en Argentina”, *Banco Interamericano de Desarrollo*, Washington D.C., Abril de 2003 (<http://econ.worldbank.org>).
- Miguel SOLANES, *Servicios Públicos y Regulación*, estudio publicado por la *Comisión de Estudios para América latina y el Caribe*. Organización de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1999, (<http://www.eclac.cl>).
- Rodrigo R. TABJA, “La experiencia chilena en materia de regulación”, en obra colectiva *Diseño estratégico e infraestructura básica*, coordinada por ILPES - CRP - CEPAL, Organización de las Naciones Unidas, 2002 (<http://www.eclac.cl>).

b) Estudios, investigaciones y documentos institucionales (sin identificación específica de sus autores)

- “Carta Fundacional de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER)” (www.asierregulacion.org).
- “Documento sobre la Equidad, el Desarrollo y la Ciudadanía en América latina”, *Comisión de Estudios para América latina y el Caribe*, Organización de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2000 (<http://www.eclac.cl>).
- “Estudio Económico de América Latina y el Caribe, Cincuenta años de pensamiento en la Comisión de Estudios para América latina y el Caribe” (CEPAL) (<http://www.eclac.cl>).

“Human Development Report 2006 Beyond scarcity: Power, poverty and the global water crisis”, UNDP, Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2006 (<http://www.eclac.cl>).

Informes del Programa de Información Estadística y Apoyo a los Municipios del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (PRINEM), Argentina (www.indec.gov.ar).

Informe sobre Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) correspondiente al año 1993 (<http://www.eclac.cl>).

“Los Efectos del Desarrollo de la Infraestructura en el Crecimiento y la Distribución de Ingresos” (The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution), Dirección de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura del Banco Mundial para América Latina y el Caribe, 2003 (www.bancomundial.org).

“Macroeconomía, comercio y finanzas para reformar las reformas en América Latina” de Ffrench - Davis, Comisión de Estudios para América latina y el Caribe - Organización de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2002 (<http://www.eclac.cl>).

“Report on the Second Workshop on Private Participation in Water Supply and Sanitation Utilities in the Americas” - Costa Rica - 1998 (<http://www.worldbank.org>).

3. ENCÍCLICAS PAPALES Y OTROS DOCUMENTOS DE ORIGEN RELIGIOSO

Carta Encíclica *Rerum Novarum* (Leon XIII, 1891).

Carta Encíclica *Quadragesimo Anno* (Pio XI, 1931).

Carta Encíclica *Mater Et Magistra* (Juan XXIII, 1961).

Carta Encíclica *Pacem in terris* (Juan XXIII, 1963).

Carta Encíclica *Populorum Progressio* (Pablo VI, 1967).

Carta Encíclica *Centesimus Annus* (Juan Pablo II, 1991).

Catecismo de la Iglesia Católica (Juan Pablo II, 1992).

Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II “*Gaudium et spes*” (1965).

NORMATIVA

1. NORMAS FUNDACIONALES

Constitución Nacional.

Constituciones de las provincias de: Salta, Buenos Aires, Misiones, Catamarca, Corrientes, Chubut, Mendoza, Jujuy, Neuquén, Santa Fe, San Juan y Entre Ríos.

2. LEYES CITADAS EN EL ESTUDIO (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

Ley Nacional 11.157.

Ley Nacional 14.786.

Ley Nacional 16.936.

Ley Nacional 17.183.

Ley Nacional 17.622.

Ley Nacional 19.549.

Ley Nacional 19.798.

Ley Nacional 20.638.

Ley Nacional 21.261.

Ley Nacional 23.054.

Ley Nacional 23.696.

Ley Nacional 24.065.

Ley Nacional 24.076.

Ley Nacional 24.156.

Ley Nacional 24.284.
Ley Nacional 24.946.
Ley Nacional 25.156.
Ley Nacional 25.250.
Ley Nacional 25.557.
Ley Nacional 25.561.
Ley Nacional 25.877.
Ley Nacional 25.917.
Ley Nacional 26.122.
Ley Nacional 26.124.

3. DECRETOS Y RESOLUCIONES CITADOS EN EL ESTUDIO (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

Decreto Nacional 536/45.
Decreto - ley 455/55.
Decreto - ley 10.596/57.
Decreto - ley 8946/62.
Decreto Nacional 1759/72.
Decreto Nacional 731/89.
Decreto Nacional 1185/90.
Decreto Nacional 2728/90.
Decreto Nacional 2184/90.
Decreto Nacional 1143/91.
Decreto Nacional 2339/92.
Decreto Nacional 396/92.
Decreto Nacional 999/92.
Decreto Nacional 214/92.
Decreto Nacional 2792/92.
Decreto Nacional 1185/92.
Decreto Nacional 1957/92.
Decreto Nacional 1398/92.
Decreto Nacional 1738/92.

Decreto Nacional 2160/93.

Decreto Nacional 1994/93.

Decreto Nacional 1187/93.

Decreto Nacional 104/93.

Decreto Nacional 1836/93.

Decreto Nacional 1994/93.

Decreto Nacional 454/94.

Decreto Nacional 455/94.

Decreto Nacional 1540/94.

Decreto Nacional 692/95.

Decreto Nacional 843/00.

Decreto Nacional 1570/01.

Decreto Nacional 89/01.

Decreto Nacional 396/01.

Decreto Nacional 71/02.

Decreto Nacional 141/02.

Decreto Nacional 214/02.

Decreto Nacional 320/02.

Decreto Nacional 521/02.

Decreto Nacional 167/03.

Decreto Nacional 189/03.

Decreto Nacional 180/04.

Decreto Nacional 811/04.

Decreto Nacional 1916/04.

Decreto Nacional 1759/05.

Decreto Nacional 967/05.

Decreto Nacional 272/06.

Decreto Nacional 1983/06.

Decreto Nacional 122/07.

Resolución E.Na.R.Gas 421/1997.

Resolución E.Na.R.Gas 478/1997.

Resolución Secretaría de Energía de la Nación N° 198/94.

Resolución Secretaría de Energía de la Nación N° 77/98.

Resolución E.N.R.E. N° 169/2002.

Resoluciones 6, 9, 18, 23 y 46 del 2002 del Ministerio de Economía de la Nación.
Comunicaciones "A" 3446, 3467 y 3468 del Banco Central de la República Argentina.

Resolución Conjunta 527/2005-MEP y N° 1232/2005-MPFIPS.

JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES

1. SEGÚN TOMO Y PÁGINA DE PUBLICACIÓN EN LA OBRA “FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN” (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

Fallos, tomo 9:277, “García, Doroteo c/ Provincia de Santa Fé” (1870).

Fallos, tomo 114:282, “Ferrocarril del Sud c/ Municipalidad de La Plata” (1911).

Fallos, tomo 123:313, “P. Cesari y Cía. c/ La Empresa del Ferrocarril Central Argentino” (1916).

Fallos, tomo 136:161, “Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta” (1922).

Fallos, tomo 136:59, “Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto” (1922).

Fallos, tomo 152:376, “Ferrocarril Central Córdoba c/ Dirección General de Ferrocarriles” (1928).

Fallos, tomo 154:25, “Municipalidad de General Pueyrredón c/ Soc. Jockey Club Mar del Plata” (1929).

Fallos, tomo 156:323, “Cartagenova, Sebastián” (1930).

Fallos, tomo 164:344, “Scheimberg, Simón y Corona Martínez, Enrique s/ Habeas Corpus” (Deportados en Transporte Chaco) (1932).

Fallos, tomo 172:21, “Avico, Oscar c. De la Pesa, Saúl” (1934).

Fallos, tomo 177:194, “Gernet, Francisco c/ Nación. Quinteros, Ricardo c/ Nación Argentina” (1937).

Fallos, tomo 193:408, “Parry, Adolfo E.” (1942).

Fallos, tomo 199:423, “Compañías de Seguros Industria y Comercio y La Rosario c/ Municipalidad de Rosario” (1944).

Fallos, tomo 211:1056, “Benítez de Pantaleo c. Villa, Enrique” (1948).

Fallos, tomo 216:307, “Juan Guisen e Hijo” (1950).

Fallos, tomo 227:677, “Etcheverry, Raul, y otros c. Grillo Hnos.” (1953).

- Fallos, tomo 234:715, "Perelli de Mercatali, María c. Salles, Sabino" (1956).
- Fallos, tomo 236:271, "Frigofride S.R.L." (1956).
- Fallos, tomo 237:193, "Compañía Azucarera del Norte S.A." (1957).
- Fallos, tomo 243:62, "Nocefore de Caputo c. Instituto de Previsión Social" (1959).
- Fallos, tomo 244:548, "López de Reyes, María c. Instituto Nacional de Previsión Social" (1959).
- Fallos, tomo 246:269, "Soaje Ramos, Guido" (1960).
- Fallo, tomo 247:646, "Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José" (1960).
- Fallos, tomo 248:516, "Aberg Cobo, Martín" (1960).
- Falo, tomo 250:154, "S.A. Compañía Argentina de Teléfonos V. Provincia de Santiago del Estero" (1960).
- Fallos, tomo 250:272, "Domínguez, Antonio, y otros" (1961).
- Fallos, tomo 255:354, "Cámara Gremial de Productores de Azúcar" (1963).
- Fallos, tomo 257:159, "Compañía Argentina de Teléfonos, S.A. c/ Provincia de Mendoza. Nación c/ Provincia de Mendoza" (1963).
- Fallos, tomo 269:109, "V. Arzamendia c. Sotile L." (1967).
- Fallos, tomo 305:129, "Madala, Adolfo Daniel" (1983).
- Fallos, tomo 308:2153, "Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado c/ Provincia de Buenos Aires" (1986).
- Fallos, tomo 310:1602, "Expreso Singer S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (1987).
- Fallos, tomo 310:2159, "Casa Enrique Schuster" 1987).
- Fallos, tomo 311:344, "Di Salvo, Octavio s/ hábeas corpus" (1988).
- Fallos, tomo 313:433, "Juárez, Rubén Faustino y otro c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Dirección Nacional de Asociaciones sindicales) s/ acción de amparo" (1990).
- Fallos, tomo 321:776, "Litoral Gas S.A. c/ ENARGAS - resol. 29/94" (1998).
- Fallos, tomo 321:2501, "Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T. A. C. Limitada c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa" (1998).

2. SEGÚN DATOS DEL PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL TRIBUNAL, PARTES Y FECHA (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

a) Fallos de tribunales inferiores

Cámara Federal, La Plata sala II, “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de Lanás” (sentencia del 20 de julio de 1995). Revista Jurídica La Ley, diario del 7 de agosto de 1997.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala I, “EDENOR S.A. c/Estado Nacional – Sec. de Energía, res. 198/94” (sentencia del 5 de setiembre de 1995). Revista Jurídica La Ley 1996-C, 446.

Cámara Nacional Federal en lo Contencioso administrativo, sala I, “Metrogas S.A. c. Ente Nac. Regulador del Gas” (sentencia del 31 de octubre de 1997).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala II, “Ciancio, José M. C. E.Na.R.Gas” (sentencia del 5 de noviembre de 1998). Revista Jurídica La Ley 1999-B, 526.

Cámara Nacional Federal en lo Contencioso administrativo, sala III, “YPF S.A. v. E.Na.R.Gas – resolución 421/1997 y 478/1997”.

Cámara Nacional Federal en lo Contencioso administrativo, sala I, “Angel Estrada y Cía., S.A. c. Resol. 71/96 – Sec. Ener. y Puertos” (sentencia del 15 de octubre de 1999). Revista Jurídica La Ley, 2000-E-527.

Cámara Nacional Federal en lo Contencioso administrativo, sala II, “Metrogas S.A. c. Ente Nac. Regulador del Gas” (sentencia del 3 de junio de 2003). Revista Jurídica La Ley, año 2003-E-338.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, “Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E.) - Resolución 169/2002 v. EDELAP S.A.” (sentencia del 9 de octubre de 2007).

b) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta”, 28 de abril de 1922.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto”, 21 de agosto de 1922.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Avico, Oscar c. De la Pesa, Saúl”, 7 de diciembre de 1934.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Di Salvo, Octavio s/ hábeas corpus”, 24 de marzo de 1988.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mason de Gil, Malvina c. Municipalidad de Santa Rosa (La Pampa)”, 12 de abril de 1943.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Inchauspe Hnos., Pedro c. Junta Nacional de Carnes”, 1º de septiembre de 1944 (Revista Jurídica La Ley, 36-703).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Nadur, Amar c. Borelli, Francisco”, 15 de mayo de 1959 (Revista Jurídica La Ley, 96-13).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cine Callao”, 22 de junio de 1960 (Revista Jurídica La Ley, 100-45).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José”, 19 de septiembre de 1960.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Dodero Viajes, S. A. c. Municipalidad de la Capital”, 17 de marzo de 1983.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ambros Palmegiani S. A. y Gennaro y Fernández S. A. Empresas Asociadas”, 1º de abril de 1986.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rivademar, D.B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario”, 21 de marzo de 1989 (Revista Jurídica La Ley 1989-C-49).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Compañía Química S.A. c/ Municipalidad de Tucumán s/ recurso contencioso administrativo y acción de inconstitucionalidad”, 5 de septiembre de 1989.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía - Banco Central -)”, 27 de diciembre de 1990 (Revista Jurídica La Ley, Suplemento Emergencia Económica y Teoría del Derecho 1991-C-158).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cocchia, Jorge D. c. Estado nacional y otro.”, 2 de diciembre de 1993 (Revista Jurídica La Ley, Suplemento Emergencia Económica y Teoría del Derecho, 1994-B-643).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Girolidi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - Causa N° 32/93”, 7 de abril de 1995.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Chascomús”, 18 de abril de 1997.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de General Pico”, 27 de febrero de 1997.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Municipalidad de Ensenada c. Telefónica de Argentina S.A.”, 17 de marzo de 1998.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Maruba SCA c. Estado Nacional s. Res. 996/94”, 1998.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Litoral Gas S.A. v. E.Na.R.Gas - Res. N° 29/94”, 16 de abril de 1998.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Edenor c/ Municipalidad de Gral. Rodríguez s/ acción declarativa - medida cautelar”, 5 de octubre de 1999.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional (P.E.N. - Ministerio de Eco. Obras y Serv. Públ. y otros s/ amparo ley 16.986”, 14 de septiembre de 2000.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Municipalidad de Quilmes c. Edesur S.A.”, 7 de mayo de 2002.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, 5 de marzo de 2003 (Revista Jurídica La Ley, Suplemento Especial Emergencia Económica y Recurso Extraordinario, 2003-E-472).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gas Natural Ban S.A. c. Municipalidad de Campana (Pcia. de Buenos Aires)”, 12 de agosto de 2003.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bustos, Alberto R. y otros c. Estado nacional y otros”, 26 de octubre de 2004 (Revista Jurídica La Ley 2004-F-713).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos”, 5 de abril de 2005.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Galli, Hugo G. y otro c. Estado Nacional”, 5 de abril de 2005 (Revista Jurídica La Ley 2005-C-32).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aguas Argentinas S.A. c. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios”, 14 de junio de 2005 (Digesto Jurídico 05/10/2005, 333).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “YPF S.A. v. E.Na.R.Gas s/resoluciones 421/97 y 478/97”, 31 de junio de 2005.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Microómnibus Quilmes S.A.C.I.F. c/ Buenos Aires Provincia de s/ acción declarativa”, 11 de julio de 2006.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lavado Diego J. y otros c. Provincia de Mendoza y otro”, 6 de septiembre de 2006 (Digesto Jurídico 18/10/2006, 486, Sup. Penal 2007 (abril), 27).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Provincia de Buenos Aires c. EDENOR S.A.”, 23 de octubre de 2007.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, 18 de septiembre de 2007 (Revista Jurídica La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo, octubre 2007, 32).

c) Otros dictámenes y pronunciamientos citados

Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, tomo 228, página 114.

Tribunal Constitucional Español STC 11/1981.

Tribunal Constitucional Español STC 26/1981.

Tribunal Constitucional Español STC 53/1986.

Tribunal de Justicia, sentencia Reino de España y otros c. Comisión de. 17 de noviembre de 1992.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, Home Building & Loan Association v. Blaisell, 290 U.S. 398, 440/48 (1934).

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, "Mum vs. Illinois", 94 vs. 113,131-2, (1877).

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, casos "Natural Gas Pipeline" (1942), "Texas & Pacific Railway" y "Far East Conference".

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, United States v. Western Pacific Railroad, (352 U.S. 59).