

## SERVICIOS PÚBLICOS Y REGULACIÓN ECONÓMICA EN LA ARGENTINA

Julio Rodolfo COMADIRA

SUMARIO: I. *Introducción. Precisiones conceptuales.* II. *La Constitución de 1853-1860.* III. *La figura de la concesión.* IV. *El cambio operado por la Constitución de 1949.* V. *La situación en la década de 1990.* VI. *Las privatizaciones.* VII. *Los servicios públicos en la reforma constitucional de 1994.* VIII. *Los objetivos previstos en los marcos regulatorios. El contenido de la caracterización legal de una actividad como servicio público.* IX. *Las consecuencias jurídicas de la caracterización ¿Régimen jurídico unitario? Pautas para su posible determinación.* X. *Los datos del servicio público: obligatoriedad y prestación garantizada.* XI. *Los entes reguladores. Su inspiración.* XII. *Los entes. Descripción. Instrumento de creación. Naturaleza y régimen jurídico.* XIII. *Idoneidad técnica.* XIV. *Independencia funcional.* XV. *Participación de usuarios, consumidores y provincias en los entes reguladores.* XVI. *Planteo de algunas cuestiones jurídicas.* XVII. *Las audiencias públicas. Revalorización del procedimiento administrativo previo.* XVIII. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN. PRECISIONES CONCEPTUALES

La consideración de la experiencia regulatoria requiere de ciertas precisiones conceptuales previas, con el fin de dejar claramente establecido cuál es el fenómeno que intentaré describir y valorar.

En ese sentido, entiendo que debo fijar los conceptos de servicio público y de regulación económica de los que parto. Desde mi punto de vista el servicio público es un título jurídico, en sí mismo exorbitante, invocado por el Estado para dar satisfacción o, en su caso, asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común, mediante alguna de las siguientes actitudes:

- a) La asunción de la titularidad (*publicatio*)<sup>1</sup> de ciertas competencias prestacionales, con el propósito de ejercerlas en forma directa (por administración), o bien indirecta mediante órganos personificados públicos (v. gr.: entidades autárquicas, empresas del Estado u otros entes igualmente descentralizados) o privados (sociedades anónimas comunes).
- b) El desarrollo subsidiario de actividades prestacionales, en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas en sentido propio.
- c) El ejercicio del poder de policía sobre ciertas actividades privadas prestacionales.

La titularidad, o no, de la actividad que se emprende o regula y la determinación de las necesidades que, en cada caso, justifican la decisión estatal de prestar o regular, son cuestiones históricamente contingentes que no alteran el dato de esencia siempre concurrente, esto es, la invocación de un título jurídico que implica, en sí, el empleo del poder, de la prerrogativa —con arreglo a contenidos también variables— para brindar una prestación que se estima ligada con inmediatez al bien común.

Ahora bien, la intervención del Estado en la economía se puede dar en forma directa para suministrar bienes o servicios que el mercado no brinda espontáneamente o, en su caso, para superar, “rectificar” los fallos de éste.

En ese marco conceptual, la regulación es un modo de intervención del Estado en la economía, que, a partir de la reconocida insuficiencia del mercado para garantizar la justa distribución del ingreso y la adecuada eficiencia en la asignación de los recursos, procura, precisamente, rectificar los *fallos o errores* de éste y lograr la justicia y la eficiencia en los aspectos indicados, mediante la *interferencia pública* en las opciones abiertas a los sujetos económicos.<sup>2</sup>

La regulación así concebida, comprendería, como especies, a la regulación *social*<sup>3</sup> o de solidaridad, a la regulación de *control* y a la regulación

<sup>1</sup> Acto de *publicatio* según la célebre expresión de Villar Palasi (Mairal, Héctor A., *La ideología del servicio público*, ReDA, núm. 14, Buenos Aires, Depalma, 1993, nota 71).

<sup>2</sup> Bustamante, Jorge, *Desregulación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, pp. 12 y ss. Asimismo, Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 126.

<sup>3</sup> Thwaites Rey, Mabel y López, Andrea, *Fuera de control*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial, 2003, pp. 28 y ss.

de *fomento*. La primera, a partir de la idoneidad de la lógica mercantil para tomar en cuenta a quienes no tienen capacidad de constituirse en clientes,<sup>4</sup> se propone asegurar la disponibilidad de los servicios para los más débiles económico, con independencia de consideraciones de mercado; la segunda, basada en la existencia de monopolios naturales, asimetrías informativas y externalidades, tiene como propósito impedir la conducta abusiva de quienes producen bienes y servicios y la tercera, sustentada en el mérito no reconocido por el mercado a ciertas actividades, se inspira, por su parte, en la necesidad de promover o apoyar a quienes cumplen esas actividades.

En la Argentina, la experiencia regulatoria de los servicios públicos, en el sentido de regulación de control orientada a la superación o rectificación de los errores o deficiencias del mercado, sólo es posible encontrarla a partir de la década de 1990, en la cual se privatizan, prácticamente, todos los servicios públicos económicos prestados, hasta ese entonces, por el Estado en forma directa o indirecta.

Cabe, de todos modos, hacer una sumaria referencia histórica para ubicar debidamente la aparición del fenómeno regulador.

## II. LA CONSTITUCIÓN DE 1853-1860

La Constitución histórica 1853-1860 reconoce y garantiza, en su artículo 14, entre otros derechos fundamentales, los de trabajar, comerciar y ejercer toda industria lícita, conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio. Es ésta una definición filosófica que coloca, en principio, la titularidad de la actividad comercial e industrial en el ámbito privado.

La justa y armoniosa articulación que ese texto fundamental consagra entre los derechos individuales y las exigencias del interés público (el bienestar general invocado en el Preámbulo) se torna evidente cuando se advierte que, paralelamente, en el artículo 67, inciso 16 (en su antigua redacción) de su parte orgánica, la Constitución consagra la denominada cláusula de la prosperidad o del *progreso* que incluye la posibilidad de otorgar con-

<sup>4</sup> Thwaites Rey, Mabel y López, Andrea, *Fuera..., op. cit.*, nota 3, p. 30.

cesiones temporales de privilegios —monopolios o exclusividades—<sup>5</sup> y recompensas de estímulo.<sup>6</sup>

La Constitución no era neutral respecto de la posibilidad de declarar servicio público una determinada actividad comercial o industrial, si, con ello, se quería significar que el Estado asumía la titularidad de esa actividad y que, por tanto, su realización por los particulares sólo podía resultar, en ese caso, de una concesión de éste.

El principio en la norma fundamental era la titularidad privada de esas actividades mientras la titularidad pública era, en cambio, la excepción, sólo justificable por exigencias del interés público, las que, al menos inicialmente, se consideró configuradas, únicamente, respecto del servicio de correos y obras sanitarias.<sup>7</sup>

### III. LA FIGURA DE LA CONCESIÓN

Ahora bien, la concepción instrumental de la Constitución —en el sentido de medio de gestión de la prosperidad pública—<sup>8</sup> permitió, sin embargo, que sin contradecir su filosofía inspiradora se utilizara la concesión como modo de procurar la prosperidad mediante el desarrollo de ciertas actividades industriales y comerciales.

El Estado, del mismo modo que había ocurrido en Europa, asume la decisión de titularizar actividades en las que considera comprometido el interés general, y, por cierto, el propio desarrollo del sistema capitalista, pero las *concede* a los privados, en tanto, en el marco de aquella filosofía, es a éstos a quienes les corresponde, en principio, cumplirlas (*v. gr.*: concesiones ferroviarias; de electricidad, gas, tranvías, permisos telefónicos, etcétera).

<sup>5</sup> Marienhoff distingue entre monopolio y exclusividad. El primero implica que una actividad se sustrae de la concurrencia y se reserva para su desarrollo sólo por una persona pública o privada. La segunda significa que el Estado asegura a quien es objeto de ella que no otorgará nuevas concesiones para el mismo servicio o actividad. (Marienhoff, Miguel S., *Los privilegios en el derecho público —exclusividad; monopolio; exención impositiva—. Lo atinente a la “reserva de zona”. La “zona de influencia”*, ReDA, núm. 17, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 327 y ss., especialmente p. 334).

<sup>6</sup> Marienhoff, Miguel S., “Los privilegios en el derecho público...”, artículo *cit.*, p. 332.

<sup>7</sup> Mairal, Héctor A., “La ideología...”, artículo *cit.*, p. 385. Una posición contraria plantea Jorge Salomoni en su enjudioso libro *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, especialmente pp. 125 y ss.

<sup>8</sup> Oyhanarte, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1969, p. 16.

Como se ve, el servicio público opera como título exorbitante para la exclusión de la titularidad privada de la actividad.

La doctrina argentina, influenciada fuertemente por la francesa, daba, por lo demás, sustento teórico a la técnica concesional, siendo ilustrativas, en ese sentido, las definiciones plasmadas en la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados de 1936.<sup>9</sup>

Durante este periodo no se configuró, sin embargo, la regulación por control de los servicios públicos, al menos en el sentido técnico antes explicado. Fue una etapa en la cual la autoridad del Estado se hizo presente ejercitando el poder de policía respecto de la actividad del concesionario y transfiriendo a éste no sólo ciertas funciones de control sobre personas y cosas para asegurar el eficiente funcionamiento, sino, además, algunas prerrogativas públicas.<sup>10</sup> Hubieron, sí, regulaciones de *fomento* respecto de ciertos sectores productivos, por ejemplo, las derivadas de las Juntas Reguladoras de Granos y de Carnes (consideradas por algunos autores como casos de entes reguladores en el pasado);<sup>11</sup> sin embargo, su fin era proteger a los productores, mientras que los entes actuales responden, en cambio, a la protección de los usuarios y consumidores,<sup>12</sup> sin perjuicio del respeto de otros derechos también comprometidos.

#### IV. EL CAMBIO OPERADO POR LA CONSTITUCIÓN DE 1949

Un cambio significativo se produce con la sanción de la Constitución justicialista de 1949 —dejada sin efecto en el año 1956— en cuyo artícu-

<sup>9</sup> J. A. t. 61, sec. doctrina, pp. 90 y ss.

<sup>10</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, t. III-B, pp. 591 y ss. Respecto del régimen jurídico de teléfonos en este periodo, se puede ver el estudio de Manuel M. Diez, *Servicio público de los teléfonos*, Buenos Aires, Valerio Abeledo Editor, 1942; acerca de los servicios de transporte ferroviario, de correos, de telégrafos y de teléfonos, Rodolfo Bullrich, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1932, t. II, pp. 295 y ss; del mismo autor *Régimen legal de los servicios públicos de electricidad en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1940. Sobre la evolución del sector eléctrico en general, la obra de Carlos M. Bastos y Miguel A. Abdala, *Transformación del sector eléctrico argentino*, 2a. ed., Córdoba, 1995, estudio realizado a través de la Secretaría de Energía.

<sup>11</sup> Bianchi, Alberto B., *La regulación económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, t. I, pp. 205 y ss.

<sup>12</sup> Bustamante, Jorge, *Desregulación*, cit., nota 2, p. 16, con cita de Juan Carlos Sánchez Arnau. Sobre la visión en general de la concesión en esa época, Rodolfo Piccirilli, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos*, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1936, con prólogo de Rafael Bielsa.

lo 40 se decide, por un lado, la pertenencia originaria de los servicios públicos al Estado y la prohibición terminante de su enajenación o concesión, y, por otro, las trasferencias a aquél de los que estuvieren en poder de los particulares, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley lo determinara.

El servicio público, otra vez, como título exorbitante; en este caso, para consagrarse no sólo la titularidad pública de ellos, sino, incluso, para prohibir su enajenación o concesión. Fue la época de las nacionalizaciones.

## V. LA SITUACIÓN EN LA DÉCADA DE 1990

Así es como se llega a la década de 1990, en la cual el Estado se presenta como prestador bajo diversas formas jurídicas (empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria; entidades descentralizadas atípicas) de actividades también distintas: correos y telégrafos; teléfonos; transporte y distribución de gas; generación, transporte y distribución de electricidad; obras sanitarias; transporte aéreo de cabotaje y transporte ferroviario.<sup>13</sup>

Directa o indirectamente el servicio público, invocado, en su momento, como sustento para la nacionalización, gravitaba con ultraactividad como título para el monopolio estatal.

Tampoco en esta etapa aparece el concepto moderno de regulación. Existían, ciertamente, reglamentos técnicos cuyo control de cumplimiento correspondía a las propias empresas públicas prestadoras o a oficinas de la administración central. De ese modo, el control era, en la realidad, inexistente o inocuo; y, por lo demás, el control sobre las empresas realizado por el ex Tribunal de Cuentas y por la ex Sindicatura General de Empresas Públicas, no estuvo referido a la calidad de los servicios o al cumplimiento de aquellos reglamentos.<sup>14</sup> Gordillo expresó gráficamente: “El control del Estado sobre el Estado prestador de servicios o empresario no parecía una tarea realizable”.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Mairal, Héctor A., “La ideología...”, artículo *cit.*, p. 392.

<sup>14</sup> Cincunegui, Juan B., *Entes Reguladores de servicios públicos*, Buenos Aires, RAP-Ciencias de la Administración, 1994, núm. 188, pp. 11 y ss.

<sup>15</sup> Gordillo, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, 6a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. II, VI-3.

## VI. LAS PRIVATIZACIONES

Después de experiencias frustradas por diversas razones (v. gr.: decreto 1842/87 y antes, incluso, la ley 22177, de 1980, durante el gobierno *de facto*) se llega al año 1989, en el cual, más allá de las diferencias ideológicas, la situación de las empresas estatales prestadoras de servicios públicos se coincide en describir como de crisis generalizada. La desinversión, el desgobierno, el déficit de explotación, la insuficiencia y mala calidad de los servicios, el exceso de personal y la corrupción<sup>16</sup> demostraban que la explotación de ciertos servicios públicos por el Estado con su propia organización es, a veces, “insoportablemente nociva”.<sup>17</sup>

En aquel año se sanciona la ley 23696, denominada de reforma del Estado, en virtud de la cual se declaró en emergencia la prestación de los servicios públicos y la situación económico financiera de la administración pública nacional, y se facultó, asimismo, al Poder Ejecutivo para otorgar permisos, licencias o concesiones para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuvieren afectados los activos, empresas o establecimientos que se privatizaran, consignándose, en dos anexos, las empresas y activos “sujetas a privatización”.

El país se enroló, así, en la tendencia mundial a la transformación de las estructuras estatales a través de políticas que, en lo sustancial, podían resumirse en la privatización de empresas públicas,<sup>18</sup> la desregulación<sup>19</sup> y la descentralización.

<sup>16</sup> Thwaites Rey, Mabel y López, Andrea, *Fuera..., cit.*, nota 3, pp. 9/10; Cassagne, Juan C., Estudio preliminar al libro de Gaspar Ariño Ortiz, *La regulación económica*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 33; Gordillo, Agustín A., *Tratado..., cit.*, nota 15, t. II, VI-3.

<sup>17</sup> Hutchinson, Tomás, Barraguirre, Jorge A., Grecco, Carlos M., *Reforma del Estado (Ley 23696)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, p. 16.

<sup>18</sup> Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ha señalado que la privatización podría definirse como un conjunto de decisiones que comprenden, en sentido estricto, cuatro actividades. Primera, la desregulación de determinados sectores públicos. Segunda, la transferencia de propiedad de los activos. Tercera, la promoción de la prestación y gestión privada en las empresas y otros entes públicos. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *La privatización de la empresa pública*, Madrid, Montecorvo, 1991, pp. 75 y 76.

<sup>19</sup> Afirma José E. Soriano García, en *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993: “...una primera y un tanto burda manera de acercarse a este fenómeno (la desregulación) ha sido la de identificarlo con la pura y simple eliminación de normas. Se ha querido, intencionadamente o por pura ignorancia, formular una equivalencia entre la pura abrogación y la desregulación. Y eso no es cierto. No al menos formulado de esta forma. Por el contrario,

La operación privatizadora, que abarcó todo el arco de la actividad empresarial del Estado y no sólo el sector correspondiente a la prestación de los servicios públicos, ha sido evaluada de modo muy disímil.

Por un lado, se ha sostenido que a partir de un cambio político profundo en el modelo del Estado, que implicó el quiebre del Estado de Bienestar y la instauración del Estado Subsidiario, aquél fué tan eficaz como eficiente, al cumplir los objetivos legales mediante la selección, en condiciones económicas ventajosas, de consorcios con operadores internacionales de jerarquía. Fuertes inversiones y tarifas razonables se mostrarían como resultado de la operación.<sup>20</sup>

Por otro, se ha afirmado que la pretendida reforma del Estado, planteada a partir de las privatizaciones, no fue más que un mero achicamiento de aquél, desordenado, sin programación, marcado profundamente por la preocupación de garantizar los intereses de las empresas privatizadas e inspirado, en definitiva, en un modelo neoconservador que rechazaba cualquier intervención estatal que conlleve conflictos graves con tales intereses.<sup>21</sup> Una muestra del desorden está constituida por el hecho de que, al menos en la privatización de los cuatro servicios más importantes, no se siguió el esquema lógico de la teoría de la regulación que aconseja sancionar prime-

en muchas ocasiones ha sucedido más bien lo contrario: que la desregulación ha traído una nueva y más enérgica normación. Así la desregulación de las rutas y tarifas en el transporte aéreo en Estados Unidos, se ha traducido en una mayor regulación sobre formación de pilotos y sobre seguridad..." (p. 9); sobre el desarrollo histórico de la regulación se pueden consultar el completo trabajo de Alberto Bianchi, *La regulación económica*, cit., nota 11, y Tawil, Guido, "Avances regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria", *ED suplemento de derecho administrativo*, serie especial, del 28/7/00; también, los interesantes trabajos de Brito, Mariano R., Delpiaggio, Carlos A., *Derecho administrativo de la regulación económica*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1998; Nallar, Daniel M., *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*, Buenos Aires, Depalma, 1999; Cuadros, Óscar, *Bases constitucionales de la regulación pública*, Fondo editorial de la Universidad Católica de Cuyo, 1999.

<sup>20</sup> Por todos: Cassagne, Juan C., "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 157, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril de 2002.

<sup>21</sup> Por todos: Hutchinson, Tomás, "El control de los entes privatizados", en Varios autores, *El nuevo control de los servicios públicos, colección jurídica y social*, Santa Fe, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y la Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1995, pp. 9-13.

ro el marco regulatorio y crear el ente regulador y, después, privatizar el servicio.<sup>22</sup>

Por mi parte, tuve ya ocasión de expresar, en su momento, no sólo mi opinión sobre la génesis sociopolítica del cambio, sino, también, mis inquietudes respecto de la necesidad de oponer límites al afán transformador.

Afirmé entonces que el replanteo de los cometidos estatales era el resultado de una reflexión crítica de la comunidad sobre sus propias expectativas y de las que ella alienta acerca de su Estado. Entendía, por eso, que la transformación estatal propiciada en aquel momento respondía, en mi país, a una apetencia comunitaria cuyos rasgos esenciales se podían sintetizar en la necesidad comunitaria de recuperar el protagonismo político, social y económico perdido o gravemente restringido, en la revalorización de la eficacia como dato legitimador del ejercicio del poder y en el reencauzamiento del accionar del Estado en un marco adecuado a ese protagonismo. También decía que quería creer que era una aspiración común la instrumentación de los cambios a través de los cánones de la juridicidad constitucional, porque en un Estado de derecho la inconstitucionalidad no deja de ser una variante de la ineeficacia.<sup>23</sup>

No dejaba de advertir, sin embargo, que el Estado no debía abandonar su papel de gestor del bien común y volver, con ese abandono, al interesado postulado del indiferentismo global.<sup>24</sup> Y recordaba cómo, en el año 1860, al reformarse la Constitución de 1853, en el Informe de la Comisión Examinadora se marcaba la discrepancia del reformador con la idea vulgar según la cual cuanto más restringidos estén los poderes, más garantizada estará la libertad y se indicaba, al contrario, el sentido tuitivo del poder en su relación con ésta.

No se puede, sostenía, prescindir del Estado porque él debe asegurar, en primer lugar, la justicia debida a quienes no estén, sin culpa, en condiciones de asumir las nuevas reglas de juego y, en segundo, de asegurar la

<sup>22</sup> Thwaites-López, *Fuera de control*, op. cit., nota 3, pp. 41 y ss.

<sup>23</sup> Comadira, Julio R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 638.

<sup>24</sup> Esta idea ha sido recogida por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en la causa 27771/94 “*Metrogas S.A. c/Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas) Resol. 52/94*”, del 9/11/94. Se había cuestionado, en el caso, la decisión de Enargas de no autorizar el traslado a la tarifa, del incremento del impuesto sobre los ingresos brutos de la Provincia de Buenos Aires (ley 11490), a partir del 1/3/94.

transparencia de éstas. Si en el campo de las relaciones jurídico privadas, instituciones como la teoría de la imprevisión, de la lesión subjetiva o del abuso del derecho, entre otras, demuestran la vigencia de una política legislativa orientada a la consecución de la justicia de esas relaciones, la reubicación funcional de la administración pública no debería implicar, afirmaba, indiferencia estatal si la liberación de las fuerzas sociales y económicas generada a partir del cambio emprendido es, por sí sola, insuficiente para garantizar el contenido ético del nuevo orden buscado.

Y concluía esas reflexiones expresando que al Estado le cabe regular y controlar, *pues una de las lecciones más importantes dejada por el exceso de intervencionismo es el error de confundir propiedad con mando*. La transformación significaba abandonar el protagonismo dogmático de la escena económica que suponía mandar y decidir como productor, comerciante o industrial, para asumir, en cambio, la función de fijar las reglas de un nuevo comportamiento comunitario y controlar que ellas se cumplan. Para mandar, no es, pues, necesario ser dueño; sin perjuicio, naturalmente, del rol siempre atento a las exigencias del bien común que puede requerir, cómo no, en algunos casos, la asunción de la pertinente titularidad. Se trataba, pues, de emprender el camino del *Estado garante* de la justicia social.<sup>25</sup>

## VII. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Ahora bien: la sanción de los marcos regulatorios más importantes, relativos a los servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales; de transporte y distribución de electricidad; de transporte y distribución de gas natural y de las telecomunicaciones se produjo antes de la reforma constitucional de 1994.

Cabe plantear, en primer término, cuál es el tratamiento previsto por la Constitución para los servicios públicos. Esto es ¿supone la Constitución la titularidad estatal de la actividad prestadora del servicio público?, ¿es éste, en cambio, sólo un título invocable para habilitar el ejercicio del pertinente poder de policía?, ¿comprende, acaso, ambas alternativas?, ¿incluye la posibilidad de la asunción subsidiaria de la actividad?

La Constitución reformada se refiere expresamente, en dos oportunidades, a los *servicios públicos*.

<sup>25</sup> Comadira, Julio R., *Derecho administrativo...*, cit., nota 23, pp. 639 y 640.

Primero, en el segundo párrafo del artículo 42, para imponer a las autoridades el deber de proveer al control de la calidad y eficiencia de ellos; y después, en el párrafo tercero del mismo artículo, para determinar que la legislación debe establecer los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Es también indudable que contemplan a los servicios públicos las previsiones constitucionales del citado artículo que, por un lado, reconocen a los usuarios, en la relación de consumo, el derecho a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno; e imponen, por otro, a las autoridades el deber de proveer a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo; a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; al control de los monopolios naturales y legales y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

De la cláusula en comentario es posible desprender la instrumentación constitucional de un sistema de servicios públicos montado sobre las dos siguientes ideas:

- a) El reconocimiento y protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos; sin perjuicio del respeto de otros derechos igualmente comprometidos.
- b) La consagración de un plexo de potestades estatales orientadas, primordialmente, a la regulación y el control, cuyo sentido radica en la protección y respeto de tales derechos, con independencia de otras potestades orientadas a la gestión del bien común.

Los criterios plasmados en el artículo 42 se deben interpretar de modo coherente con previsiones constitucionales tutivas de derechos que también están en juego a la hora de construir un sistema de servicios públicos (*v. gr.*: trabajar, comerciar, ejercer industria lícita); sin descuidar tampoco, y paralelamente, otras normas constitucionales atributivas de potestades generales para la búsqueda de la prosperidad general, como son, por ejemplo, además de las clásicas ya contempladas en el actual inciso 18 (artículo 67, inciso 16, en su anterior redacción) las que se prevén en el artículo 75,

inciso 19 (proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía, entre otras).

La reforma de 1994 hace explícitos, en este último sentido, criterios de intervención estatal que hasta ese momento sólo resultaban de decisiones legislativas y pronunciamientos jurisprudenciales concebidos al amparo de un método dinámico y, en ocasiones, mutante de interpretación constitucional.<sup>26</sup>

A mi juicio, no es dudoso que se buscó configurar un Estado garante del desarrollo humano, el crecimiento económico y la justicia social y, por ende, conformador de la realidad social en ese marco teleológico. Los ya referidos artículos 42 y 75, incisos 18 y 19, son, en ese aspecto, elocuentemente reveladores.

Por ello, si bien el principio en la Constitución, es la regulación y el control, es decir, el poder de policía (la letra del propio artículo 42 confirma esta idea al referirse al *control* de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la sanción de la legislación que contemple los marcos *regulatorios* de tales servicios), ello no obsta, sin embargo, para que el Estado goce de la posibilidad excepcional de conceder, por razones debidamente fundadas de bien común (con base en la titularidad de la actividad (*publicatio*) o sin ella, privilegios temporales (por vía de monopolio o de exclusividad).<sup>27</sup>

La titularidad (*publicatio*) es, pues, una alternativa excepcional pero viable, toda vez que ella está comprendida como poder inherente en la idea conformadora y positiva del Estado que traducen los artículos 42 y 75, incisos 18 y 19 de la Constitución. Y lo mismo ocurre con la posibilidad de asumir una actividad, sin titularizarla, cuando no haya particulares idóneos para prestarla. Titularidad *propia* (*Publicatio propria*) e *impropria* (*Publicatio impropria*) darían, así, cuenta terminológica de ambas situaciones.

En el marco de la Constitución es posible, entonces, concluir en que el servicio público importa un título jurídico para la regulación y el control de las actividades que merezcan esa calificación, esto es, para su sometimiento al poder de policía, lo cual no supone, necesariamente, la titularidad de la actividad, aun cuando ni ella ni la prestación asumida por ausen-

<sup>26</sup> Oyhanarte, Julio, *Poder político...*, cit., p. 20.

<sup>27</sup> Marienhoff, Miguel S., *Los privilegios...*, artículo cit., nota 5, p. 332.

cia de prestadores privados después del fracaso de un procedimiento de selección (titularidad *impropia* asumida por rescate *impropio*) se pueden descartar como alternativas excepcionales fundadas en los poderes inherentes al Estado garante diseñado por la Constitución.

### VIII. LOS OBJETIVOS PREVISTOS EN LOS MARCOS REGULATORIOS. EL CONTENIDO DE LA CARACTERIZACIÓN LEGAL DE UNA ACTIVIDAD COMO SERVICIO PÚBLICO

Así las cosas procede determinar si los objetivos enunciados en los marcos regulatorios se corresponden con los derivables de la Constitución y cuáles son los elementos que dan contenido a la regulación y su coherencia con la Constitución, tomando en cuenta, a tales efectos, los marcos regulatorios de cuatro actividades esenciales caracterizadas como servicios públicos: el abastecimiento de agua potable y desagües cloacales;<sup>28</sup> transporte y distribución de energía eléctrica;<sup>29</sup> transporte y distribución de gas natural<sup>30</sup> y telecomunicaciones.<sup>31</sup>

Los objetivos fijados a la regulación son en cada uno de los marcos enunciados, los siguientes.

En los del gas<sup>32</sup> y la electricidad<sup>33</sup> se destacan la protección adecuada de los derechos de los usuarios; la formación y funcionamiento del mercado respectivo, con estímulo a las inversiones e incentivación del uso del

<sup>28</sup> El decreto 999/92 consigna que el servicio público regulado por él se define como la captación y potabilización, transporte, distribución y comercialización del agua potable; la colección, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose los efluentes industriales que el régimen legal vigente permita se viertan al sistema cloacal (artículo 1o., Anexo I, decreto 999/92, marco regulatorio para la concesión de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales).

<sup>29</sup> La ley 24065 caracteriza como servicio público al transporte y distribución de electricidad (artículo 1o., ley 24065; artículo 1o., decreto reglamentario 1398/92)

<sup>30</sup> La ley 24076 determina, en su artículo 1o., que el transporte y distribución de gas natural constituyen un servicio público nacional.

<sup>31</sup> La prestación del servicio de telecomunicaciones había sido ya considerada un *servicio público* por el decreto 62/90 cuando se convocó a un concurso público internacional para la privatización de la prestación. Es ilustrativo destacar que, a los efectos de la renegociación contractual, el decreto 311/03 al enunciar los servicios públicos alcanzados sólo menciona al servicio de telecomunicaciones de telefonía básica (fija).

<sup>32</sup> Artículo 2o., ley 24076.

<sup>33</sup> Artículo 2o., ley 24065.

gas y uso eficiente de la electricidad; y la confiabilidad, accesibilidad y eficiencia del servicio, con arreglo a tarifas justas y razonables.

En materia de telecomunicaciones y en lo que aquí es pertinente, cabe señalar como objetivos fijados a la Comisión Nacional de Comunicaciones, el ejercicio del poder de policía del espectro radioeléctrico, de las telecomunicaciones y de los servicios postales, aplicando y controlando el cumplimiento efectivo de la normativa vigente en la materia; la aplicación de las sanciones previstas en los respectivos marcos regulatorios; la prevención y sanción de las conductas anti-competitivas; el aseguramiento de la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios, la promoción del carácter universal del Servicio Básico Telefónico, a precios justos y razonables, así como la competencia leal y efectiva en la prestación de los servicios.<sup>34</sup>

En relación con los servicios públicos de provisión del agua potable y desagües cloacales e industriales, el artículo 3o. del Reglamento aprobado por el D. 999/92 fija como objetivos la expansión del sistema; la calidad y continuidad de los servicios; la protección de los derechos, obligaciones y atribuciones del usuario, del concedente, del concesionario y del ente regulador y asimismo, de la salud pública, los recursos hídricos y el medio ambiente.

Todos los objetivos enunciados sumariamente evidencian la existencia de una teleología acorde con el mandato constitucional. Protección de los derechos de los usuarios; tarifas justas y razonables; aseguramiento de la calidad, continuidad, regularidad, generalidad, igualdad y eficiencia de los servicios; fomento de las inversiones; formación de mercados competitivos cuando ello es posible; expansión de los sistemas y promoción del carácter universal de ciertos servicios, expresan un criterio de regulación y control coherente con la concepción constitucional de la potestad regulatoria, en tanto instrumento al servicio de la protección de los derechos de los usuarios ejercitable con el debido resguardo de los restantes intereses también comprometidos.

Sólo cabe agregar que los fines atribuidos a los entes deben ser cumplidos todos, de modo integrado y armónico, pues importaría una distorsión

<sup>34</sup> Artículo 8o. del decreto 1185/90 y *Manual de misiones y funciones*, Resolución CNC 2065/99.

hermenéutica y, consiguientemente, funcional pretender la primacía de unos sobre otros.<sup>35</sup>

## IX. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CARACTERIZACIÓN ¿RÉGIMEN JURÍDICO UNITARIO? PAUTAS PARA SU POSIBLE DETERMINACIÓN

Es de suponer que el legislador ha considerado que la caracterización como servicio público de las actividades enunciadas constituía un medio idóneo para el logro de los objetivos fijados a la regulación en cada uno de los marcos.

Cabe, entonces, preguntar cuáles son las consecuencias derivadas de tales caracterizaciones legales: concretamente ¿qué significa, jurídicamente, categorizar a una actividad como servicio público? ¿Se puede hablar de un régimen jurídico unitario del servicio público, al menos en el ámbito de estos marcos regulatorios?

Plantear un régimen unitario no importa, desde luego, ignorar que cada una de las actividades posee, en razón de sus especificidades técnicas, comerciales y financieras, exigencias regulatorias propias y adaptadas adecuadamente a tales singularidades.

La interrogante apunta, en rigor, a ciertos aspectos que son esenciales para definir el régimen jurídico, los cuales, a mi juicio, se podrían resumir en los cinco siguientes: título de acceso a la actividad; duración de la habilitación; existencia, o no, de *publicatio* de la actividad; existencia, o no, de rescate, y régimen de los bienes (transferencia de los activos públicos al

<sup>35</sup> Cassagne, Juan C., *Los nuevos entes regulatorios*, ED, 159-972. Agustín A. Gordillo, ha señalado, por su parte, que la tutela que establece el artículo 42 de la Constitución Nacional requiere de los entes no sólo la protección del sistema concedido o licenciado sino *principalmente* proteger los derechos e intereses de los usuarios actuales y futuros (*Organismos de Control*, 3.1.1., texto distribuido de la conferencia pronunciada en las “Primeras Jornadas sobre Instituciones Administrativas en la Reforma Constitucional”, organizadas por la Universidad Austral y el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, los días 14, 15 y 16 de setiembre de 1994, en el Centro Universitario de Estudios (Cudes). En sentido coincidente, Patricia Martínez expresa que el fin *último* del control estatal es la satisfacción del usuario (*Sistemas de control en los ‘servicios públicos privatizados’ en la Argentina*, en obra colectiva, *Los servicios públicos: régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo-Depalma, 1994, p. 137); Muratorio, Jorge, *La ley de defensa del consumidor y la protección de los usuarios de los servicios públicos*, La Ley Actualidad, 9/12/93, punto I. Introducción, último párrafo.

prestador, en propiedad o en simple tenencia; reversión, o no, al finalizar la habilitación y, en su caso, condiciones).

### *1. El título de acceso a la actividad*

No existe en Argentina, y mucho menos después de las privatizaciones, un criterio claro que permita diferenciar con precisión las figuras de la concesión y de la licencia.<sup>36</sup>

Por mi parte, me inclino a compartir la idea que, en el ámbito de los servicios públicos hace consistir la primera, en lo esencial, en el traslado a un particular del ejercicio de competencias o facultades propias del Estado, atribuyendo, así, a aquél, un poder nuevo, pero derivado de la titularidad de éste; ello, sin perjuicio de la admisión de la concesión constitutiva, en tanto acto de atribución al particular de un poder, también nuevo, pero no derivado de la titularidad estatal. El concepto de licencia, por su lado, parece conveniente referirlo al acto de remoción de obstáculos al ejercicio de poderes preexistentes, lo cual, aplicado al servicio público, importa suponer la titularidad privada de la actividad a desarrollar por el licenciatario. Es la perspectiva que deriva, como ha señalado Tawil, de los derechos francés y norteamericano, respectivamente.<sup>37</sup>

Ahora bien, en lo que se refiere al ingreso a la actividad, es de señalar que los regímenes regulatorios del servicio de abastecimiento de agua potable y servicios cloacales<sup>38</sup> y de transporte y distribución de energía eléctrica<sup>39</sup> contemplan a la concesión; mientras que, en cambio, los relativos a la prestación del servicio de telecomunicaciones<sup>40</sup> y del transporte y distribución de gas natural<sup>41</sup> a la licencia.

<sup>36</sup> Tawil, Guido S., *A propósito del proyecto de ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas*, RAP, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, núm. 252, pp. 18 y ss; para Marienhoff, la licencia es una figura jurídica híbrida, ambigua, de contornos imprecisos, que fluctúa entre la concesión y el permiso, acercándose más al permiso (Marienhoff, Miguel S., *Los privilegios...*, artículo *cit.*, nota 5, pto. V, p. 331).

<sup>37</sup> Tawil, Guido S., *A propósito del proyecto...*, artículo *cit.*, nota 19, p. 20.

<sup>38</sup> Artículo 7o., Anexo I, decreto 999/92.

<sup>39</sup> Artículo 3o., ley 24065.

<sup>40</sup> Artículos 21, decreto 1185/90; y 4.1, Anexo 1, decreto 764/00.

<sup>41</sup> Artículos 4o., ley 24076; y 4o., Anexo I, decreto reglamentario 1738/92.

Además de esa diferencia corresponde puntualizar que los contenidos jurídicos de la concesión y de la licencia son también diversos. Como se verá seguidamente al considerar la duración, la *publicatio*, el rescate y el régimen de bienes, la concesión en el agua no tiene la misma significación que la concesión en el transporte y distribución de energía eléctrica; y la licencia en las telecomunicaciones no tiene el mismo alcance que la licencia en el gas.

## 2. *La duración de la habilitación*

La concesión en aguas está otorgada por 30 años,<sup>42</sup> y las concesiones eléctricas<sup>43</sup> por 95 años, prorrogables por un plazo máximo de 10 años.

La licencia en materia de telecomunicaciones carece de límites temporales,<sup>44</sup> salvo en lo que se refería a la exclusividad; mientras que las del gas<sup>45</sup> duran 35 años, con opción a una única prórroga de 10 años.

## 3. *La publicatio*

La *publicatio* está presente en el régimen del agua, como se desprende de la expresa consideración del rescate en el marco regulatorio y de la transferencia de los activos al concesionario en calidad de simple tenencia.<sup>46</sup>

No aparece, en cambio, y, por el contrario, se desprende su exclusión en el caso de las concesiones para el transporte y distribución de energía eléctrica, en la medida en que estas actividades deben ser desarrolladas, prioritariamente, por personas jurídicas privadas,<sup>47</sup> siendo de destacar, incluso, que, según dispone el decreto reglamentario es responsabilidad de la Secretaría de Energía y del Ente Regulador asegurar que las actividades permanezcan a cargo del sector privado.<sup>48</sup> La exclusión de la *publicatio* se refuerza, asimismo, con la transferencia en propiedad de los bienes al concesionario (ver *infra* texto y nota 58).

La concesión a los particulares, a diferencia de lo que sucede en el régimen del agua, es, en estos casos, *constitutiva* en el sentido de que no *tras-*

<sup>42</sup> Contrato de concesión: Capítulo 1, numeral 1.1.

<sup>43</sup> Resolución SEE 170/92, Anexo I, Contrato de concesión de Edenor: artículos 3o. a 6o.; Contrato de concesión de Transener, S. A., artículos 3o. a 6o.

<sup>44</sup> Artículos 21, decreto 1185/90; y 4.1., Anexo 1, decreto 764/00.

<sup>45</sup> Artículos 5o. y 6o., ley 24076; y 6o., Anexo I, decreto reglamentario 1738/92.

*lada* al privado una actividad propia del Estado que éste pueda reasumir cuando lo estima conveniente u oportuno; simplemente se constituye en aquél un poder nuevo que no es derivación de otro preexistente en cabeza del Estado.

En estas actividades el Estado sólo puede asumir la prestación, con el fin de garantizar la continuidad del servicio, cuando, cumplidos los procedimientos de selección pertinentes, no hayan existido oferentes a quienes adjudicar la prestación de aquél.<sup>49</sup> Se trataría de una *publicatio* que se podría denominar *impropria*, en atención a su carácter subsidiario.

La reglamentación legislativa es razonable, porque si bien limita la posibilidad de asunción de la actividad a través de una clara política privatizadora que excluye, como principio, la prestación estatal, no vacía a la función administrativa, titularizada por el Poder Ejecutivo, de la potestad inherente de asumir la actividad cuando ésta no pueda ser atendida convenientemente por los particulares.

La *publicatio* no aparece tampoco en las licencias de transporte y distribución del gas, ni en las correspondientes a los servicios de telecomunicaciones. En el primer caso la conclusión deviene, por un lado, porque el Estado y, en su caso, las provincias sólo pueden proveer servicios de transporte y distribución de gas cuando fracasaren los procedimientos de selección de oferentes o se extinguiere la habilitación,<sup>50</sup> situaciones que generan, al igual que en las concesiones eléctricas, un supuesto que hemos dado en llamar de *publicatio impropria*; por otra parte, la conclusión se refuerza por la transferencia de los bienes en propiedad al licenciatario. En el segundo la ausencia de *publicatio* resulta de la inexistencia de plazo para la licencia y de la transmisión en propiedad de los bienes al licenciatario.<sup>51</sup>

#### 4. Existencia, o no, de rescate. La revocación por oportunidad

El rescate, aplicado a los servicios públicos, es el acto por el cual el Estado concedente de la explotación del servicio, decide, por razones de

<sup>46</sup> Artículos 60 y 64, Anexo I, dec. 999/92; Contrato de concesión, numerales 6.9.2 y 14.7.

<sup>47</sup> Artículo 30., ley 24065.

<sup>48</sup> Artículo 30., decreto reglamentario 1398/92.

<sup>49</sup> Artículo 30., ley 24.065.

<sup>50</sup> Artículo 40., ley 24.076; artículo 40., Anexo I, decreto reglamentario 1738/92.

<sup>51</sup> Decreto 62/90, Anexo 1, Pliego de bases y condiciones para el concurso público internacional para la privatización de la prestación del servicio de telecomunicaciones, capítulo VII, 7.2.y 7.2.2.

oportunidad, mérito o conveniencia, extinguir la concesión y asumir la prestación directa del servicio. La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia es también un acto que coincide en su fundamento con el rescate —mérito, oportunidad, o conveniencia— pero difiere de él en que, con ella, el Estado no reasume la prestación de la actividad sino que, lisa y llanamente, pone fin al contrato.

El rescate está previsto, expresamente, en el régimen del agua,<sup>52</sup> aun cuando en su definición es confundido con la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, pues se lo considera como la declaración unilateral del concedente, adoptada por fundadas razones de interés público, por la cual se da por terminada la concesión. Cabe pensar que se ha estimado que, implícitamente, la conclusión de la concesión importa la reasunción de la actividad; pero, en rigor, la conclusión de la concesión tanto puede conducir a la reasunción o bien a una nueva concesión. Por eso, entiendo que el rescate, tal como aparece definido, comprendería al rescate propiamente dicho y también a la revocación por razones de interés público.

Las concesiones eléctricas, por su parte, no contemplan expresamente ni a uno, ni a otra. De todos modos, es posible que en estos casos se configure una situación en cierto modo equivalente al rescate; una especie, podríamos afirmar, de rescate “impropio”, correlativo de la ya apuntada *publicatio impropria*.

Ello es así, en efecto, por lo siguiente. De acuerdo con el régimen legal el Estado sólo puede asumir la prestación del servicio cuando, sustancialmente los correspondientes procedimientos de selección, no existan oferentes privados adecuados para su adjudicación.<sup>53</sup> La inexistencia de oferentes aprehendida por la ley puede derivar, a mi juicio, de la ausencia de ofertas o de la inadmisibilidad o inconveniencia de éstas. Es claro, entonces, que, en los tres casos, el Estado puede optar por asumir la actividad si no decide reformular las condiciones planteadas para la selección.

Se trataría, pues, no de una reasunción o rescate, sino, directamente, de una asunción nueva y subsidiaria a la privatización (*publicatio impropria*, traducida en un rescate *impropio*), originada en una valoración de mérito, oportunidad o conveniencia, que excluye, necesariamente, la indiferencia

<sup>52</sup> Contrato de concesión, numeral 14.7.

<sup>53</sup> Artículo 30., ley 24.065.

estatal frente al vacío servicial y que determina, consecuentemente, la co-relativa obligación, también estatal, en ese caso, de llenarlo. Es una manifestación del Estado garante-conformador diseñado por la Constitución.

La revocación por oportunidad no está tampoco prevista; sin embargo, en mi opinión, ella procede, genéricamente, como atributo de la función administrativa, reconocida, además, legislativamente, por el artículo 18 de la LNPA aunque corresponde puntualizar que esta es una cuestión muy controvertida en la doctrina.

En el supuesto de las licencias para el transporte y distribución de gas natural, el decreto reglamentario de la ley 24075 determina que el rescate sólo es posible con el acuerdo del licenciatario.<sup>54</sup> Esta norma es, en mi opinión, inconstitucional, en tanto importa una renuncia por el Poder Ejecutivo a una potestad de gestión que es inherente a la titularidad de la función administrativa propia del Estado contemplado por la Constitución.

Si el Estado, del mismo modo que sucede con las concesiones eléctricas, asume la prestación del servicio cuando no existen privados adecuados,<sup>55</sup> no es coherente que, por vía reglamentaria, se autoexcluya, genéricamente, de la posibilidad de acudir al rescate, al menos *impropio*. Esta renuncia afecta la concepción constitucional del Estado y también la interpretación que, como derivación de él, instrumenta el marco legal.

Por ello, estimo que las conclusiones vertidas respecto de las concesiones eléctricas son igualmente aplicables a las licencias para el transporte y distribución del gas, y que, por ende, en estas actividades es también posible acudir al rescate *impropio* tal como antes lo indicara.

Por la misma razón expuesta respecto de las concesiones eléctricas, entiendo que también procede en este caso la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Las licencias telefónicas, por su parte, tampoco contemplan el rescate. De todos modos, producida la caducidad de la licencia por alguna de las causales previstas en el régimen, si la obligatoriedad y continuidad del servicio se pudieran ver comprometidas por la desaparición del licen-

<sup>54</sup> Artículo 4o., Anexo I, decreto reglamentario 1738/92; ver, también, lo establecido en el decreto 2255/92, Anexo “B”, *Modelo de Licencia de distribución de gas*, Subanexo I, Reglas Básicas, numeral 11.5; decreto 2.255/92, Anexo “A”, *Modelo de licencia de transporte de gas*; Subanexo I, Reglas Básicas, numeral 11.5.

<sup>55</sup> Artículo 4o., ley 24.076.

ciatario<sup>56</sup> el Estado podría asumir la prestación con el fin de asegurar aquellos caracteres del servicio. Justificaría además, en el caso, tal decisión, la aplicación analógica del principio que emerge del rescate *impropio* resultante de los marcos del gas y la energía eléctrica. Se configuraría también en esta situación un rescate *impropio*, determinante de una *publicatio impropria*.

Por lo demás, también en este caso procedería, por lo antes señalado, la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, con la salvaguardia doctrinaria ya apuntada.

### 5. *El régimen de bienes*

El régimen de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y desagües cloacales contempla la transferencia de los bienes al concesionario en calidad de simple tenencia, los cuales, junto con los que se hubieran adquirido o construido durante la concesión, deben ser transferidos sin cargo al Estado al fin de aquélla.<sup>57</sup>

De la regulación de las concesiones para el transporte y distribución de energía se desprende, en cambio, que los bienes fueron transferidos en propiedad por el Estado,<sup>58</sup> los cuales, al fin de la concesión, deben ser pagados por éste de acuerdo con el procedimiento contemplado en el contrato.

Las licencias para el transporte y distribución de gas importan la transferencia de la propiedad de los bienes a los licenciatarios,<sup>59</sup> lo cual no ha obstado para que aquellos calificados como activos esenciales —que in-

<sup>56</sup> Ténganse en cuenta, en este aspecto, la continuidad prevista en los decretos 1185/90, 764/00 y 843/00.

<sup>57</sup> Contrato de concesión: numeral 6.9.2.

<sup>58</sup> Según surge del llamado a concurso público nacional e internacional para la privatización de la actividad de distribución y comercialización a cargo de SEGBA, y del pliego aprobado por Resolución ME y OSP 591/92, Anexo I del 14/7/92, numeral 11.6; opina en este mismo sentido, Nidia Karina Cicero, en *Servicios públicos. Control y protección*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 58-59; ver también el Contrato de concesión a Edenor, artículo 12; Contrato de concesión a Transener, S. A., artículo 12.

<sup>59</sup> Salomoni ha sostenido la inconstitucionalidad de esta transferencia, por cuanto ello implica violar el régimen del dominio público que surge del Código Civil, *Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos*, en varios autores, *El derecho administrativo argentino, hoy*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pp. 306 y ss.

cluyen las ampliaciones y mejoras incorporadas a la red por el licenciatario— queden sustraídos a la posibilidad de gravamen, arrendamiento, subarrendamiento o comodato, sin la autorización previa de la Autoridad Regulatoria. Al finalizar la licencia, los bienes se transfieren al Estado, libres de toda deuda, gravamen o embargo y al valor de tasación definido en el contrato de licencia.<sup>60</sup>

Finalmente, en el marco de las telecomunicaciones los bienes son también transferidos en propiedad al licenciatario, quien, sin embargo, no puede venderlos, cederlos ni transferirlos, por cualquier título o gravarlos de ninguna forma sin autorización de la Autoridad Regulatoria, siendo nulos absolutamente e inoponibles a todos los efectos de la prestación del servicio, los actos celebrados en infracción de ese requisito autorizativo.<sup>61</sup> No está prevista expresamente la “reversión” cuando se declare eventualmente la caducidad de la licencia por razones imputables al licenciatario (única causal contemplada para la extinción). Sin embargo, si las exigencias de la continuidad del servicio determinaran el rescate *impropio*, el Estado podría asumir la actividad obteniendo la transferencia de los bienes mediante expropiación, sin perjuicio de acudir a la ocupación temporánea anormal hasta el perfeccionamiento de aquélla.

Como se advierte las regulaciones están lejos de responder a un criterio uniforme respecto del significado del servicio público.

Se ingresa a él por concesión (agua, transporte y distribución de energía eléctrica)<sup>62</sup> o por licencia (telecomunicaciones y transporte y distribución de gas natural);<sup>63</sup> hay concesiones con *publicatio* (agua)<sup>64</sup> y sin ella (*publicatio impropria*: transporte y distribución de energía eléctrica);<sup>65</sup> licencias con límite en el tiempo y rescate *impropio* (transporte y distribución de gas natural)<sup>66</sup> y sin límite temporal con rescate *impropio* (teleco-

<sup>60</sup> Artículos 78 y 79, ley 24.076; Licencia de distribución, numerales 5.7., 11.3., 11.3.1. y 11.3.2.; Licencia de transporte, numerales 5.7., 11.3 y 11.3.2.

<sup>61</sup> Decreto 62/90, Anexo 1, Pliego de bases y condiciones, capítulo XIII, pto. 13.11.1. a 13.11.3.

<sup>62</sup> Artículo 7o., Anexo I, decreto 999/92; y artículo 3o., ley 24065.

<sup>63</sup> Artículos 21, decreto 1185/90; 4.1, Anexo 1, decreto 764/00; 4o., ley 24.076; 4o., Anexo I, decreto reglamentario 1738/92.

<sup>64</sup> Artículo 60, Anexo I, decreto 999/92.

<sup>65</sup> Artículo 3o., ley 24065; y artículo 3o., decreto reglamentario 1398/92.

<sup>66</sup> Artículo 5o., ley 24076.

municaciones);<sup>67</sup> existen concesiones sin transferencia de activos (agua)<sup>68</sup> y con ella (energía eléctrica)<sup>69</sup> y concurren también concesiones con rescate *propio* (agua)<sup>70</sup> y sin él (rescate *impropio*: energía eléctrica);<sup>71</sup> finalmente, hay “reversión” de bienes, en las condiciones previstas por cada marco, en el agua, la energía eléctrica y el gas;<sup>72</sup> no así en las telecomunicaciones.<sup>73</sup>

## X. LOS DATOS DEL SERVICIO PÚBLICO: OBLIGATORIEDAD Y PRESTACIÓN GARANTIZADA

¿Cuál es la respuesta al interrogante que originó este sumario análisis? No hay, en apariencia, un dato común.

Se ha propuesto como dato definidor a la obligatoriedad de la prestación que se impone al prestador en todos los casos.<sup>74</sup> Y ciertamente es éste un elemento fundamental que ya en su momento había destacado Marienhoff, cuando señalaba que los clásicos caracteres del servicio público (continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad) se vaciaban de contenido si quien lo presta no está obligado a hacerlo.<sup>75</sup>

Sin embargo, esa obligatoriedad de la prestación y los consiguientes caracteres que la informan, asegurados mediante una regulación y control policial de intensidad y contenido variables según las singularidades de cada actividad no agotan, a mi juicio, el contenido de la categorización,

<sup>67</sup> Artículos 21, decreto 1185/90; y 4.1., Anexo 1, dec. 764/00.

<sup>68</sup> Contrato de concesión, numeral. 6.9.2.

<sup>69</sup> Resolución ME y OSP, 591/92, Anexo I del 14/7/92, numeral 11.6; *idem*, Karina Cicero en *Servicios públicos...*, art. cit., pp. 58-59; ver, Contrato de concesión a Edenor, artículo 12, y Contrato de concesión a Transener, artículo 12.

<sup>70</sup> Contrato de concesión: numeral 14.7.

<sup>71</sup> Artículo 30., ley 24.065.

<sup>72</sup> Contrato de concesión, numeral 6.9.2; Resolución ME y OSP, 591/92, Anexo I del 14/7/92, numeral 11.6; artículo 78, ley 24076.

<sup>73</sup> Decreto 62/90, Anexo 1, Pliego de bases y condiciones, capítulo XIII, numeral 13.11.

<sup>74</sup> Mairal, Héctor A., “La ideología...”, artículo *cit.*, p. 429. Véase también, artículos 21, ley 24065; 21, decreto reglamentario 1398/92; 25, Contrato de concesión a Edenor; 22, Contrato de concesión Transener, S. A.; 25, ley 24076; 28 y 25, decreto reglamentario 1738/92; Licencia distribuidor, 4.1.; Licencia de transporte, 4.1.; Anexo I, decreto 999/92, artículos 60. y 90.; *contrato de concesión*, numerales 4.1, 4.3, 4.3.2; ptos. 10.4.6 y 10.9.7., Anexo I, decreto 62/90; artículo 80, decreto 1185/90; artículo 10.1, Anexo I, decreto 764/00.

<sup>75</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, t. II, pp. 64 y ss.

pues la obligatoriedad pesa, también, sobre el Estado, quien, cuando los privados no puedan, a su juicio, satisfacerla, debe cumplirla él mismo por vía de rescate propio o impropio.

## XI. LOS ENTES REGULADORES. SU INSPIRACIÓN

Para asegurar el logro de los objetivos regulatorios y el debido cumplimiento del régimen de regulación y control instrumentado en los marcos, éstos contemplan la creación de entes que, por la índole de las facultades que se les asignan, su pretensión de independencia del poder político y la neutralidad respecto de los intereses en juego, parecen inspirarse en las comisiones o entes reguladores autónomos de Estados Unidos<sup>76</sup> (a los cuales Schwartz vincula el nacimiento del derecho administrativo norteamericano),<sup>77</sup> alejándose de los instrumentos de control empleados en la etapa preprivatizadora.

Estas Comisiones importan, de algún modo, una reacción contra el principio de división de poderes en su interpretación más estricta, porque de un lado mediatizan el poder del presidente —la Corte norteamericana le negó facultades discrecionales para remover a sus integrantes en 1935— y, de otro, implican la asunción, por un órgano administrativo, de funciones legislativas y jurisdiccionales.<sup>78</sup>

De todos modos no se puede considerar, en rigor, configurada una quiebra del principio sino una *modalización de sus fronteras*, pues la acción inicial queda en manos del Poder Legislativo y la final en el Judicial.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Cincunegui, Juan B., “Entes reguladores...”, artículo *cit.*, p. 12, indica también la semejanza con las oficinas reguladoras de Inglaterra.

<sup>77</sup> Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Boston-Toronto, Little Brown and Company, 1976, p. 17.

<sup>78</sup> En este sentido, ha escrito Bianchi: “Debo decir que estos (los Entes Reguladores) pueden ser considerados como un Estado dentro del Estado. Esta característica se hace presente cuando consideramos que aquellos reúnen las tres competencias básicas de todo Estado: legislar, administrar y emitir pronunciamientos de carácter jurisdiccional”. Bianchi, Alberto B., *¿Qué son los Entes Reguladores? (Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico)*, ED, 186-675.

<sup>79</sup> Clarke Adams, John, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires, Universitaria de Buenos Aires, 1964, p. 47.

## XII. LOS ENTES. DESCRIPCIÓN. INSTRUMENTO DE CREACIÓN. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO

Me limitaré a describir, sumariamente, las características de cuatro entes, correspondientes a los servicios antes enunciados: el Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas), el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) y el Ente Regulador (tripartito) del Agua y Servicios Sanitarios (Etoss) y a plantear algunas de las cuestiones jurídicas que su análisis genera.

Tres de ellos han sido creados por ley —Gas,<sup>80</sup> Electricidad<sup>81</sup> y Agua<sup>82</sup>— y uno, la entonces Comisión Nacional de Telecomunicaciones (ex CNT), hoy CNC, por Decreto,<sup>83</sup> aun cuando los considerandos de éste contienen invocaciones legales —Ley 19798 de Telecomunicaciones y 23696 de Reforma del Estado— que permitirían inferir la existencia, en el caso, de un reglamento delegado.<sup>84</sup> La diferencia de rango normativo no deviene de ningún criterio técnico, sino sólo de la eficiencia burocrática para utilizar el impulso político del momento.<sup>85</sup>

Cabe consignar que el primero —Enargas— fue creado en el ámbito del entonces Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos;<sup>86</sup> el segundo —ENRE— en la entonces Secretaría de Energía de dicho ministerio<sup>87</sup> y el cuarto en dependencia del Poder Ejecutivo nacional, a través de la entonces Secretaría de Comunicaciones del ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.<sup>88</sup> El tercero —Etoss— funciona en el ámbito de la Secretaría de Recursos Hídricos (antes Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones).

<sup>80</sup> Artículo 50, ley 24076.

<sup>81</sup> Artículo 54, ley 24065.

<sup>82</sup> Ley 23696, Anexo I, ap. III y decreto 999/92.

<sup>83</sup> Artículo 1o., decreto 1185/90.

<sup>84</sup> Comadira, Julio R., *Los sujetos reguladores en la posprivatización*, RAP, núm. 183, Ed. Ciencias de la Administración, 1993, p. 28, conferencia pronunciada en las “Primeras Jornadas Internacionales sobre Regulación Económica e Iniciativa Privada”, organizadas por la Universidad Austral, los días 12, 13 y 14 de septiembre de 1993. Juan Carlos Cassagne se ha adherido a esta argumentación, *Los nuevos...,* art. cit., nota 4.

<sup>85</sup> Martínez de Vedia, Rodolfo, *La regulación de servicios domiciliarios*, Buenos Aires, Altamira, p. 18.

<sup>86</sup> Artículo 50, ley 24076.

<sup>87</sup> Artículo 54, ley 24065.

<sup>88</sup> Artículo 1o., decreto 1185/90.

A dos de los entes se les atribuye, por ley formal, la condición de entes autárquicos (Enargas y ENRE)<sup>89</sup> y a uno (Etoss),<sup>90</sup> por vía reglamentaria, consignándose en los tres casos su capacidad para actuar en el campo del derecho público y privado. El Decreto de creación de la CNT (hoy CNC) no atribuye a la Comisión, al menos expresamente, personalidad jurídica. La existencia de una asignación normativa de patrimonio<sup>91</sup> y la procedencia de la alzada contra sus decisiones,<sup>92</sup> en tanto recurso previsto contra entes autárquicos, no tornaría irrazonable, no obstante, el reconocimiento de esa personalidad jurídica pública.<sup>93</sup>

La categorización de los entes como entes autárquicos responde a las pautas señaladas por la doctrina como indicativas de esa forma de configuración de la descentralización.<sup>94</sup>

En todos los casos se prevé una asignación de recursos<sup>95</sup> y la facultad de proyectar su presupuesto.<sup>96</sup> El Enargas, el ENRE y la CNC son financiadas con tasas de fiscalización y control anuales que pagan las empresas, recursos que, en definitiva, resultan, en virtud del sistema de Cuenta Única, administrados por el ministerio de Economía, el cual impone contribuciones al Tesoro.<sup>97</sup> El Etoss, en cambio, se financia, con una alícuota sobre la facturación que pagan los usuarios.

En las leyes del Enargas y del ENRE se establece, asimismo, que los entes se regirán, respecto de sus relaciones con la administración y con los particulares, por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) y su Reglamentación,<sup>98</sup> si bien el personal está sometido a la Ley

<sup>89</sup> Artículos 51, ley 24076; y 55, ley 24065, respectivamente.

<sup>90</sup> Artículo 15 del marco aprobado por el decreto 999/92.

<sup>91</sup> Capítulo III del decreto 1185/90.

<sup>92</sup> Artículo 33 del citado decreto.

<sup>93</sup> Téngase en cuenta lo que establece el decreto 660/96. La Procuración del Tesoro de la Nación, al expedirse sobre la procedencia formal de “recursos jerárquicos” interpuestos contra decisiones de la Comisión, ha sentado su carácter *descentralizado* y, por ende, la existencia de una relación de *tutela* entre ella y el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (Dictámenes 104 y 105 del año 1994).

<sup>94</sup> Cassagne, Juan C., “Los nuevos...”, artículo *cit.*, p. 2; adherí al modo de configurar la autarquía propiciado por Cassagne, *Derecho administrativo..., cit.*, nota 20, cap. XVI.

<sup>95</sup> Artículos 66, ley 24065; 62, ley 24076; 25, decreto 999/92 y cap. III, decreto 1185/90.

<sup>96</sup> Artículos 65, ley 24065; 61, ley 24076; 24, inciso a) y 26, decreto 999/92 y 15, inciso a), decreto 1185/90.

<sup>97</sup> Martínez de Vedia, *La regulación..., cit.*, nota 85, pp. 61 y 62.

<sup>98</sup> Decreto 1759/72, TO 1991.

de Contrato de Trabajo,<sup>99</sup> del mismo modo que los agentes de la CNC (*ex* CNT).<sup>100</sup>

La reglamentación aprobada por el decreto 999/92, relativo al Etoss, asigna, por su parte, a las decisiones del Ente los caracteres propios del acto administrativo.<sup>101</sup>

Surge de las normas de creación que el Enargas, el ENRE, la CNT (hoy CNC) y el Etoss quedan sujetos al régimen patrimonial, contable y financiero previsto por sus normas de creación y respectivas reglamentaciones y al sistema de control establecido para el sector público.<sup>102</sup>

En todos ellos concurre la atribución de facultades de regulación, de control o fiscalización, de asesoramiento y también de las denominadas jurisdiccionales. En esta última situación, en algunos casos la jurisdicción para resolver controversias entre particulares es obligatoria (Enargas, ENRE, CNC, *ex*-CNT) y, en otros, voluntaria (Etoss).<sup>103</sup> Un dato revelador de la importancia que el legislador otorga al cumplimiento de las funciones asignadas a los Entes, es la posibilidad expresa que las leyes del Gas y la Electricidad acuerden a cualquier persona afectada en sus derechos por actos u omisiones del ente o de sus directores, de demandar a aquél o a éstos con el fin de lograr el debido cumplimiento de las obligaciones legales.<sup>104</sup>

### XIII. IDONEIDAD TÉCNICA

Un aspecto importante de estos sujetos es la necesidad de asegurar la específica idoneidad técnica de sus cuadros y su independencia funcional.

<sup>99</sup> Artículos 60, ley 24076; y 64 ley 24065.

<sup>100</sup> Artículo 7o., decreto 1395/91.

<sup>101</sup> Artículo 68.

<sup>102</sup> Artículos 60 de la ley 24076; 64 de la ley 24065; capítulo X, decreto 1185/90; 18, inciso a), decreto 999/92; y 8o., inciso a), 96, 98, 100, 101 y 117 de la ley 24156.

<sup>103</sup> Poteestades de *regulación*, son, por ejemplo, entre otras, las siguientes: Enargas: ley 24076, artículo 52, incisos a, b, c, d, e, g, h, i (parcialmente), k, ñ; ENRE: ley 24065, artículo 56, incisos a, b, d (parcialmente), e, f, j, k, m; Etoss: decreto 999/92, artículo 17, inciso b; CNC: decreto 1185/90 y modificatorios, artículo 6, incisos b (parcialmente), d, v. IV; de *control o fiscalización*: Enargas: ley citada, artículo 52, incisos d, e, f, l, m, n, o; ENRE: ley citada, artículo 56, incisos c, d (parcialmente), i, n; Etoss: decreto citado, artículo 17, incisos a, c, e, f, g, j, k, l, m, r, t; CNC: decreto citado, artículo 6, incisos c, e, f, g, h, j, k, l, m, n, acápite 1; *jurisdiccionales*: Enargas: ley citada, artículo 52, inciso k, artículo 66; ENRE: ley citada, artículo .56, inciso o, y artículo 72; CNC: decreto 62/90, Anexo I, acápite 10.7; asimismo, artículo 28, inciso d, del decreto 1185/90); Etoss: reglamento aprobado por el decreto citado, artículos 17, incisos b) e i) y 72.

<sup>104</sup> Artículos 75, ley 24065; y 69, ley 24076.

En todos los casos se contempla el nombramiento de los integrantes del directorio entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia;<sup>105</sup> probada experiencia e idoneidad acorde con la actividad a cumplir<sup>106</sup> o especialista en alguna disciplina utilizada en el ámbito de las telecomunicaciones con experiencia en su ejercicio.<sup>107</sup>

El Decreto Reglamentario de la Ley 24065<sup>108</sup> prevé, por ejemplo, para la integración del directorio del Ente Regulador de la Electricidad, la sustanciación de un procedimiento de selección abierto conducido por la Secretaría de Energía en el marco de las normas establecidas para la cobertura de los cargos con funciones ejecutivas, aprobado por el D. 994/91 (Sinapa).

Son, a su vez, mencionables, en este aspecto, los artículos 19 del D. 1185/90 (CNC), en tanto determina su integración con un cuerpo especializado, debidamente capacitado y no mayor de 50 miembros, y 6º. del convenio celebrado entre el Estado Nacional, la Empresa Obras Sanitarias de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y la entonces Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, por el que se constituyó el Etoss, según el cual el personal del ente debe ser designado previo concurso de méritos y antecedentes, con excepción del personal técnico calificado de la citada empresa que se decida incorporar.

#### XIV. INDEPENDENCIA FUNCIONAL

La independencia funcional de los entes reguladores debería ser decisiva en el plano de la teoría, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las *metas* diarias de la política.<sup>109</sup>

Independencia funcional no implica desapoderamiento del Poder Ejecutivo, ni podría implicarlo, a mi modo de ver, en nuestro ordenamiento

<sup>105</sup> Artículos 58, ley 24065; y 54, ley 24076.

<sup>106</sup> Artículo 19, decreto 999/92.

<sup>107</sup> Artículo 14, decreto 1185/90.

<sup>108</sup> Artículo 58, decreto 1398/92.

<sup>109</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 376 y 377.

constitucional.<sup>110</sup> Pero sí exige ciertas garantías *formales*<sup>111</sup> de inamovilidad en el cargo.

Los integrantes del directorio de la CNC duran cinco años, pueden ser reelegidos una sola vez (excepto el representante de las Provincias, que es designado por un año)<sup>112</sup> y sólo pueden ser removidos por incumplimiento de sus obligaciones, previa acusación de la ex Sindicatura General de Empresas Públicas y sumario sustanciado por la Procuración del Tesoro de la Nación.<sup>113</sup>

Los directores del Etoss —representantes del Poder Ejecutivo nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la ex Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires (hoy ciudad autónoma), en número igual— conservan el cargo durante seis años, no pudiendo ser removidos sino por justa causa, fijándose para los representantes del Poder Ejecutivo nacional el procedimiento del Reglamento de Investigaciones Disciplinarias.<sup>114</sup>

Más allá de estas garantías jurídico formales, lo cierto es que la CNT fue en su momento intervenida en más de una ocasión; y que el Etoss fue marginado normalmente en las recurrentes renegociaciones de la concesión.<sup>115</sup>

Los directores del Enargas y del ENRE,<sup>116</sup> por su parte, los designa el Poder Ejecutivo por cinco años, pueden ser reelegidos indefinidamente<sup>117</sup> y son removibles por actos fundados de aquel poder.<sup>118</sup> La designación y remoción sólo puede ser dispuesta previa comunicación de los fundamentos de la decisión a una comisión del Congreso de la Nación integrada por

<sup>110</sup> Comadira, Julio R., *Los sujetos...*, artículo *cit.*, nota 23, p. 29. Cassagne ha puntualizado, en el mismo sentido, que en nuestro sistema no es posible reconocer a los entes reguladores plena autonomía, en tanto constituyen entidades autárquicas sometidas a la tutela del Poder Ejecutivo o de los ministros o secretarios competentes, según sea el caso (*La responsabilidad...*, artículo *cit.*, nota punto 2).

<sup>111</sup> Concurren también como elementos contribuyentes a la independencia funcional, el nombramiento de los directivos previo concurso; la integración de jurados jerarquizados para la valoración de los candidatos en el procedimiento de selección; el carácter vinculante del dictamen de éste; la dedicación exclusiva y, un sistema rígido de incompatibilidades. De todos modos, las garantías formales no aseguran, necesariamente, la independencia. Ésta, pues, puede concurrir con o sin aquéllas.

<sup>112</sup> Artículos 13 y 17 del decreto 1185/90.

<sup>113</sup> Artículo 18, decreto 1185/90.

<sup>114</sup> Artículos 19, 22 y 23 del Reglamento aprobado por el decreto 999/92.

<sup>115</sup> Thwaites-López, *Fuera de control, op. cit.*, pp. 41 y 42.

<sup>116</sup> Artículos 53, ley 24076; y 57 de la ley 24065.

<sup>117</sup> Artículos 54, ley 24076; y 58 de la ley 24065.

<sup>118</sup> Artículos 55, primer párrafo, ley 24076; y 59, primer párrafo, ley 24065.

los presidentes y vicepresidentes de las comisiones que cada una de las Cámaras determine en razón de su incumbencia, las cuales *deben* (Enargas) o *pueden* (ENRE) expedirse dentro de los treinta días corridos de recibida la comunicación. Emitido el dictamen o vencido el plazo, el Poder Ejecutivo puede dictar el acto respectivo.<sup>119</sup>

El mecanismo, cuya constitucionalidad desde la perspectiva de la esfera de atribuciones del Poder Ejecutivo no es objetable en tanto no requiere el acuerdo del órgano parlamentario creado por la ley, sino, simplemente, la *comunicación* a él del fundamento de la decisión a adoptar, no me parece, sin embargo, suficientemente garantizador de la inamovilidad en el cargo, pues la remoción queda asignada a la *discrecionalidad* del Poder Ejecutivo,<sup>120</sup> cuya influencia política en la conformación de los cuadros directivos es una realidad.

El condicionamiento del poder político se puede dar, asimismo, a través del manejo presupuestario al que antes hice referencia, incompatible, en rigor, con la autarquía.

Datos relevantes para asegurar la independencia, no sólo respecto del poder político, sino también de las áreas reguladas con el fin de neutralizar el fenómeno dado en llamar de la *captura*<sup>121</sup> del ente por el sector regulado, son las exigencias de dedicación exclusiva de sus funcionarios (prevista en los regímenes del Enargas, del ENRE y de la CNC) y el sistema de incompatibilidades que, en general, remite a las de los funcionarios públicos,<sup>122</sup> sin perjuicio de algunas específicas establecidas en ciertos marcos (Enargas, ENRE, CNC).

<sup>119</sup> Artículos 55, segundo párrafo, ley 24076; y 59, segundo párrafo, ley 24065.

<sup>120</sup> Téngase en cuenta que en materia relativa a la privación de las funciones de conducción del personal municipal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró suficiente motivación del acto la enunciación de las normas legales atributivas de la competencia respectiva (CSJN, “María Elena Piaggio de Valero vs. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”, 7/7/88, Fallos 311:1206). La doctrina que exige la explicitación de las causas del acto puede verse, en cambio, en los plenarios de la Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial en los autos “González Vilar, Carmen c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”, ED, diario del 18/6/91 y; de la Cámara Nacional en lo Civil, “Boaglio Carlos c/M.C.B.A”, 6/12/93, LL 1994-A-152.

<sup>121</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, *Economía...*, cit., nota 109, pp. 282 y 387. Jorge Edmundo Barbara ha señalado también cómo el fenómeno de la captura resulta de la regulación enmarañada de los entes que imposibilita el acceso al mercado de nuevos prestadores, “El Estado posprivatizador: los entes reguladores”, *Aportes*, publicación de la Asociación de Administradores Gubernamentales, Buenos Aires, 1994, núm. 1, pp. 18 y ss.

<sup>122</sup> Artículos 59, ley 24065; y 55, ley 24076.

La dedicación exclusiva está prevista en los regímenes del ENRE, el Enargas y la CNC.<sup>123</sup>

A su vez, el artículo 14 del D.1185/90 determina, actualmente, la incompatibilidad para el desempeño de cargos en el Directorio, el tener intereses o haber mantenido durante el último año previo a la designación relaciones o intereses en empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, proveedoras de equipos a éstas o que de alguna manera sean afines al sector de telecomunicaciones.<sup>124</sup>

Por su parte, los directores del Enargas y del ENRE, no pueden ser propietarios ni tener interés directo o indirecto en empresas actoras del mercado eléctrico o sus controlantes o controladas, o en empresas de consumidores que contraten directamente con el productor, de productores, transportadores, almacenadores, comercializadores o distribuidores de gas.

Y en todos los casos les son aplicables las incompatibilidades que fija la ley 25188 de ética pública,<sup>125</sup> la cual no escapó, por cierto, a la modificación oportunista realizada por medio de un decreto delegado, en virtud del cual se flexibilizó la incompatibilidad de los ex funcionarios para integrar los cuadros directivos de los entes reguladores (artículo 14 de la Ley 25188, modificado por el Decreto 862/01).

## XV. PARTICIPACIÓN DE USUARIOS, CONSUMIDORES Y PROVINCIAS EN LOS ENTES REGULADORES

El artículo 42, último párrafo, de la Constitución reformada determina que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

El marco regulatorio del Gas establece, respecto del Enargas, la participación de las provincias en sus delegaciones regionales<sup>126</sup> y el texto origi-

<sup>123</sup> Artículos 59, ley 24065; 55, ley 24076; y 14 del decreto 1185/90, respectivamente.

<sup>124</sup> Esta incompatibilidad abarca a cónyuges y parientes consanguíneos hasta el segundo grado, la incompatibilidad se extiende, incluso, hasta un año contado a partir del cese.

<sup>125</sup> Remito para esta cuestión a mi estudio en *Derecho administrativo...*, cit., nota 23, cap. XXIII, pp. 577 y ss.

<sup>126</sup> Artículo 50, último párrafo, ley 24076.

nario de ésta, vetado por el Poder Ejecutivo (D. 885/92), contemplaba también la designación de los directores a propuesta de los gobernadores.

El ENRE y la CNC, a su vez, se integran, como ya se indicó, con representantes del Consejo Federal de la Energía Eléctrica y de las Provincias, respectivamente.<sup>127</sup>

El Directorio del Etoss se compone, por su parte, con dos representantes de cada una de las jurisdicciones que la conforman, con mandato por un año, siendo destacable que el marco aprobado por el D. 999/92 también contempla la creación de una Comisión asesora *ad honorem*, integrada por representantes de los usuarios.<sup>128</sup>

La Constitución no exige, ciertamente, que los consumidores, usuarios y provincias interesadas tengan representación en los órganos *directivos* de los entes. Empero, sí requiere, necesariamente, su integración al organismo. Por tal motivo, pienso que el Enargas, el ENRE, y la CNC deben instrumentar la participación de los representantes de los usuarios, mientras que los dos últimos deberían hacer lo propio con las provincias interesadas, en cuanto tales.

La participación dada en el Enargas a las provincias a través de las delegaciones regionales y a los usuarios por el Etoss, primero a través de la Comisión Asesora *ad Honorem* y después con la Comisión de Usuarios creada por la Resolución del Etoss núm. 38/99, cumplen, a mi juicio, adecuadamente, con el requisito constitucional. Coincido con Gordillo en que de no ajustarse la legislación vigente al imperativo constitucional, la justicia bien podría hacer aplicación directa de la Constitución, dando un lugar a los sectores y provincias interesadas.<sup>129</sup>

Finalmente es importante destacar que en fecha relativamente reciente el Poder Ejecutivo nacional dictó el Decreto 1172/03, relativo a la mejora de la calidad de la democracia y de sus instituciones, en virtud del cual aprobó, entre otros reglamentos, como Anexo VIII el “Reglamento General de Reuniones abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos”.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> Artículo 58, ley 24065; y artículo 17, decreto 1185/90.

<sup>128</sup> Artículo 21.

<sup>129</sup> Gordillo, Agustín A., *Organismos de control*, artículo *cit.*, nota 15.

<sup>130</sup> El Reglamento reconoce como objeto regular el mecanismo de las reuniones abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos y establecer el marco general de su desenvolvimiento. Así, en dos capítulos incluye las *Disposiciones generales* (capítulo I) y el *Procedimiento* (capítulo II). En el capítulo I incluye el *Ámbito de aplicación* (reuniones convocadas por los Órganos de Dirección de los Entes Reguladores de los Servicios

## XVI. PLANTEO DE ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS

Efectuada esta sumaria relación de las características de los entes en estudio trataré de realizar, a continuación, un repaso, también breve, de

Públicos, de las que forme parte el número mínimo de miembros suficiente para la formación del quórum que permita la toma de decisiones); la *descripción* de las reuniones abiertas (en tanto instancia de participación en la cual el Órgano de Dirección habilita a la ciudadanía para que observe el proceso de toma de decisiones, para juzgar adecuadamente los reales motivos por los que se adoptan las decisiones que afectan a los usuarios; *los principios* a garantizar (igualdad, publicidad, informalidad y gratuitad); la *publicidad* (se presumen públicas y abiertas todas las reuniones de los Órganos de Dirección de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, salvo las excepciones expresamente enunciadas); *los participantes* (toda persona física o jurídica, pública o privada, que tenga interés en hacerlo, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, ni interés legítimo) y el *lugar de realización* (determinado por el Órgano de Dirección de acuerdo con las circunstancias del caso y el interés público comprometido). En el capítulo II se regulan, a su vez, los siguientes aspectos: *los requisitos para presenciar las reuniones* (no se requiere el cumplimiento de formalidad alguna); el carácter público de las reuniones (pueden ser presenciadas por el público en general y por los medios de comunicación); *el contenido de la convocatoria*; *las reuniones urgentes* (sólo excepcionalmente se puede convocar, por razones de urgencia debidamente fundadas y asentadas en un acta que debe suscribir la autoridad superior del Órgano de Dirección a la reunión con una anticipación de veinticuatro horas); *las reuniones secretas* (sólo procedentes cuando lo establezca una ley o un decreto o cuando se traten los temas que enuncia el decreto (v. gr.: información expresamente clasificada, en especial relativa a seguridad, defensa o política exterior; la riesgosa para el correcto funcionamiento del sistema bancario o financiero; los secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; información que comprometa derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; información preparada por abogados o asesores jurídicos de los Entes cuya publicidad pueda revelar la estrategia a adoptar en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgar técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; informaciones protegidas por el secreto profesional; notas internas o recomendaciones con carácter previo al dictado de un acto o de la toma de una decisión, que no integren el expediente; aspectos relativos exclusivamente a normas y prácticas internas del Ente Regulador; información referida a datos personales de carácter sensible —en los términos de la ley 25326— cuya publicidad implique una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, excepto que medie consentimiento del eventual afectado; información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona); *el caso de las reuniones nulas* (toda resolución que declare secreta una reunión es susceptible de control judicial y si en esta sede se produce una decisión judicial firme que deja sin efecto el secreto de una reunión ya realizada, ella debe ser declarada nula debiéndose convocar a una nueva reunión, de carácter abierto, a los mismos efectos); *las responsabilidades de los miembros de los órganos de dirección de los entes reguladores* (deben abstenerse de efectuar reuniones que violen el decreto y de debatir por otro medio o en cualquier otra oportunidad los temas que formen parte del orden del día, bajo apercibimiento de incurrir en falta grave y sin perjuicio de las

algunas de las cuestiones, viejas y nuevas, que presentan estos entes desde la perspectiva del derecho administrativo.

### *1. El órgano constitucional competente para su creación*

Antes de la reforma constitucional, era una cuestión controvertida determinar si correspondía al Congreso o al Poder Ejecutivo la creación de entes autárquicos.

El profesor Miguel S. Marienhoff<sup>131</sup> —cuya doctrina, en este aspecto, siguió en no pocos casos la Procuración del Tesoro de la Nación y en quien parece haberse inspirado el Reglamento de Procedimientos Administrativos— sostuvo que, como regla, la competencia para crear entes autárquicos pertenecía al Poder Ejecutivo como derivación de la administración general del país a él confiada por el entonces artículo 86, inciso 1o., de la Constitución nacional. Sólo en los casos de la administración *especial* atribuidos por la Constitución al Congreso correspondía a éste la creación de autarquías.

responsabilidades civiles y penales que correspondan); *las actas* (deben estar a disposición de quienes la soliciten y ser publicadas en el sitio de Internet del Ente Regulador en un plazo no mayor de quince días de celebrada la reunión y, finalmente, la *legitimación para exigir administrativa o judicialmente el cumplimiento del reglamento* (toda persona física o jurídica, pública o privada).

<sup>131</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, cit., nota 5, t. I, pp. 399 y ss; asimismo, “La potestad constitucional para crear entidades autárquicas institucionales y lo atinente a la extensión del control sobre las mismas en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación”, *Revista de Homenaje a los 120 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1983, pp. 30 y ss. Véanse Dictámenes: 236: 354, donde al realizar una reseña de la doctrina del organismo, se sostuvo: “...el Poder Ejecutivo puede —por decreto— crear un ente autárquico transformando en tal determinado servicio, a cuyo fin le bastará acordarle personalidad jurídica y competencia e imputarle como patrimonio de ejecución los fondos presupuestarios con que el servicio era atendido... Y si alguna ley —en sentido formal— se opusiera a ello... sería violatoria de lo estatuido por el (antiguo) artículo 86, inciso 1, de la Constitución nacional (Dictámenes 171: 453)...” concluyendo: “...de acuerdo con la doctrina de esta Procuración del Tesoro de la Nación, la creación de entidades autárquicas y descentralizadas es una competencia propia del Poder Ejecutivo nacional, salvo cuando se trata de entes vinculados al desarrollo de actividades que la Constitución Nacional le confiere al Congreso de la Nación...” Marienhoff llegó a sostener, como Procurador del Tesoro de la Nación, la inconstitucionalidad del entonces artículo 136 de la Ley de Contabilidad, el que, en su segundo párrafo, prohibía al Poder Ejecutivo la descentralización de los servicios de la administración nacional (Dictámenes: 84: 102).

Por aplicación de esta idea, a la que también adscribieron Benjamín Villegas Basavilbaso<sup>132</sup> y Germán Bidart Campos,<sup>133</sup> se consideró de competencia del Congreso la creación, por ejemplo, de los bancos oficiales, de las universidades o de la aduana. En cambio, se estimó propio de las atribuciones del Poder Ejecutivo, la creación de la Comisión Nacional de Energía Atómica, la Administración General de Puertos, la Administración Nacional de Obras Sanitarias, entre otros entes.<sup>134</sup>

Desde este punto de vista, aplicado estrictamente, no era fácil hallar una norma constitucional de la cual pudiera extraerse la atribución congresional de crear los entes en estudio.

En otra orientación doctrinaria, autores como Bielsa,<sup>135</sup> Diez,<sup>136</sup> Dromi inicialmente,<sup>137</sup> Fiorini<sup>138</sup> y Gordillo<sup>139</sup> consideraron, en cambio, que la competencia general para la creación de autarquías correspondía al Congreso. El principal argumento que sostenía esta posición resultaba de lo dispuesto por el artículo 67 de la Constitución, particularmente en atención a la facultad constitucional de éste de crear o suprimir empleos (inciso 17 de la CN).<sup>140</sup>

<sup>132</sup> Villegas Basavilbaso, Benjamín. En el prólogo a la citada obra de Marienhoff, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tea, 1950, t. II, p. 185, había indicado su creación por ley.

<sup>133</sup> Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, t. II, pp. 86 y 87.

<sup>134</sup> Marienhoff, Miguel S., “La potestad...”, artículo *cit.*, nota 5, pp. 67-68.

<sup>135</sup> Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1955, t. I, p. 258.

<sup>136</sup> Diez, Manuel M., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. II, pp. 102 y ss.

<sup>137</sup> Dromi, José R., *Derecho administrativo económico*, Buenos Aires, Astrea, 1977, t. I, pp. 252 y 253; en su última obra, sin embargo, expresa que los entes autárquicos pueden ser creados por ley o por decreto. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, p. 370.

<sup>138</sup> Fiorini, Bartolomé A., *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968, t. I, pp. 143-145, aun cuando parecería reconocer la posibilidad de la creación reglamentaria, p. 146.

<sup>139</sup> Gordillo, Agustín A., *Tratado...*, *cit.*, nota 15, t. 3, VIII-26.

<sup>140</sup> Era, además, el criterio recogido por la Ley de Contabilidad (Decreto-Ley 23354/56, ratificado por ley 14467) en su artículo 136, segundo párrafo, de acuerdo con el cual el Poder Ejecutivo no podía disponer la descentralización de servicios de la administración nacional. (La Ley de Contabilidad fue derogada, entre otras materias en ésta, por la ley 24156.) Es ilustrativo consignar que este artículo fue, en su momento, considerado inconstitucional por Marienhoff, *Tratado*, 4a. ed., *cit.*, nota 5, 1990, t. I, p. 415, quien, siendo procurador del Tesoro de la Nación, propició que el Poder Ejecutivo se abstuviera de aplicarlo (Dictámenes: 84: 102).

Como posición intermedia se presenta la tesis de las facultades concurrentes, insinuada por Juan R. de Estrada<sup>141</sup> y profundizada por Juan C. Cassagne.<sup>142</sup> Se parte de la carencia histórica de normas, a raíz de la imprevisión constitucional de la descentralización, y se concluye reconociendo la atribución concurrente del Congreso y del Poder Ejecutivo, salvo cuando la facultad constitucional es expresa a favor del primero.

La cuestión tenía diversas proyecciones. Una de las más importantes era el alcance que, a partir de las distintas posturas, se reconocía al control del Poder Ejecutivo sobre la actividad del ente.

La primera posición llevaba a propiciar el control amplio de los actos del ente, comprensivo, por ende, de la legitimidad y la oportunidad, mérito o conveniencia, cuando éste era creado por el Poder Ejecutivo, o bien por el Congreso con invasión de la zona de reserva de aquél. Se limitaba, en cambio, a la legitimidad, respecto de los entes creados por este último en ejercicio de sus facultades constitucionales propias, excepto que la ley habilitara el control amplio.

En la segunda posición, que excluía la creación de autarquías por el Poder Ejecutivo, se proponía reducir el alcance del control a la legitimidad, excepto que la ley lo autorizara con amplitud; y, en la tercera, se propiciaba el control amplio en los casos de competencia concurrente.

A mi juicio, la determinación del órgano constitucional competente para la descentralización autárquica, debía resultar de la índole de la actividad a desarrollar por el ente, y, muy especialmente, del origen y naturaleza de los derechos particulares sobre los cuales ese accionar pudiera gravitar. En ese sentido, estimo de importancia la distinción que, en otro terreno, formulara Marienhoff,<sup>143</sup> entre derechos de *origen y naturaleza administrativa* y derechos de *origen y naturaleza común*, tomando como base de la diferenciación la génesis, o no, del derecho en un acto o contrato adminis-

<sup>141</sup> Estrada, Juan R. de, “Atribución de los poderes Legislativo y Ejecutivo para crear entidades autárquicas”, en obra colectiva, *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, pp. 57-59.

<sup>142</sup> Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, t. I, pp. 312-315 y 334-335.

<sup>143</sup> Marienhoff, Miguel S., *El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (Lo atinente a la revocación de los actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia)*, ED, 114-949; nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (Distinción entre derecho de origen y naturaleza común —civil o comercial— y derecho de origen y naturaleza administrativo. Justicia distributiva y justicia comunitativa), LL, 1991-C-1080.

trativo y la eventual derivación, o no, a partir de éstos de una situación de sujeción especial.

En ese marco conceptual, estimo que la creación de entes destinados a proyectar su actividad sobre derechos de sujetos que advienen a la relación como terceros, debe hacerse, necesariamente, por ley formal, quedando circunscrita la posibilidad del decreto sólo a los supuestos en los que el ente no exceda con su actuación el ámbito de las relaciones especiales de sujeción (v. gr.: concesionario de servicio público).

Por ese motivo, y sea como consecuencia de la incidencia en los derechos particulares de las amplias facultades normativas conferidas a los entes, sea por las atribuciones jurisdiccionales obligatorias otorgadas a algunos de ellos, o por ambas cosas a la vez, entiendo que, en principio, no podían ser creados sino por ley formal, o bien derivar su potestad de creación, al menos indirectamente, de una ley formal.

Ahora bien, es del caso preguntar si la reforma constitucional puede, o no, operar como fuente de nuevas interpretaciones en la cuestión.

Adelanto desde ya mi opinión negativa al respecto. No se me escapa que mientras, por un lado, el artículo 99, inciso 1o., de la Constitución asigna al presidente de la nación la jefatura de la nación y del gobierno y la responsabilidad política de la administración, el artículo 100, inciso 1, por otro, atribuye al jefe de gabinete el ejercicio de la administración general del país.

A mi modo de ver la innovación constitucional no implica privar al presidente de la nación de la *titularidad* de la función administrativa, la cual viene a concurrir, ahora, con el *ejercicio* de dicha función asignado al jefe de gabinete. Una cosa es, en efecto, la *titularidad* de la función, atribuida como competencia propia al presidente y, otra, diversa, es su *ejercicio*, también otorgado como competencia propia al jefe de gabinete, mediante una delegación *impropia*.<sup>144</sup>

En cualquier caso, y sea que se radique la competencia en el Presidente, en el jefe de gabinete o en ambos lo cierto es que sigue siendo posible derivar de los artículos 99, inciso 1, o 100, inciso 1, de la Constitución, o de los dos en forma concurrente, la creación de entes autárquicos.

<sup>144</sup> He abordado en profundidad esta cuestión en el trabajo, en coautoría con Fabián Canda, *Administración general del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional*, ED 163-880.

El Congreso, a su vez, sigue conservando la competencia para “crear y suprimir empleos” y “fijar sus atribuciones”, ahora con sustento en el artículo 75, inciso 20, de la Constitución.

Por ello, cabe considerar subsistente la polémica que existía hasta la sanción del nuevo texto constitucional y, por ende, los criterios propuestos hasta entonces.

Finalmente, cabe puntualizar que el término *legislación* empleado por el artículo 42, último párrafo, de la Constitución nacional,<sup>145</sup> no puede considerarse atributivo de competencia exclusiva, en este aspecto, al Congreso, sino sólo comprensivo, como género, de las diversas especies o clases de normas que correspondan de acuerdo con la materia de que se trate.<sup>146</sup>

Así, la *legislación* implicará ley formal respecto de la prevención y solución de conflictos o de la regulación de los servicios públicos si ésta incide en la esfera de *terceros* (v. gr.: usuarios), pero no hay razón para sentar igual conclusión acerca de la creación misma de los entes, excepto, claro está, que éstos tengan competencias afectantes de derechos de terceros.

Entiendo que la ley formal sólo es exigible cuando la Constitución lo consigna expresamente (v. gr.: artículos 36, último párrafo; 37, primer párrafo; 41, primer párrafo) o cuando ello resulta de la materia regulable (40, primer párrafo).

Por lo demás, se debe advertir que al fijar las atribuciones del Congreso, el artículo 75 no enuncia como facultad propia de éste la competencia para crear organismos de control de los servicios públicos, tal como, en cambio, es posible inferir sigue ocurriendo respecto de la creación de bancos y universidades (artículo 75, incisos 6 y 18).

De todos modos, más allá de las controversias doctrinarias y del juicio que pueda merecer su validez constitucional, la ley 25152 dispone en su artículo 5o., inciso a), en lo pertinente, que toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza requerirá del dictado de una ley.

<sup>145</sup> “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

<sup>146</sup> Ha adherido a esta idea Bianchi, *La regulación económica, cit.*, nota 11, t. I, p. 233.

## 2. Los alcances del control administrativo

A partir de la posición expuesta, es viable aceptar la procedencia, en principio, del control amplio (legitimidad y oportunidad) del presidente de la nación (o, en su caso, del jefe de gabinete) sobre la actividad de los entes reguladores.<sup>147</sup>

Sea, en efecto, que el control se refiera a entes cuyas competencias sólo afecten derechos de origen o naturaleza administrativa (supuesto en el cual es dable admitir la creación del ente por decreto), sea, en cambio, que aquél se ejerza respecto de entes con competencias que alcancen incluso a derechos individuales de particulares que no posean esa naturaleza (situación en la cual la creación debe provenir del legislador), no advertimos razones suficientes para que el control amplio no proceda.

En el primer caso, porque si se trata de derechos derivados de un acto o contrato administrativo cuyo ejercicio es controlado o regulado por un ente creado por el Poder Ejecutivo, nada impediría que éste controle con amplitud a un ente creado por él mismo. En el segundo, porque si la actuación del ente alcanza a derechos de particulares que no revisten naturaleza administrativa, nada obstaría tampoco para que el Poder Ejecutivo controle los actos de aquél cuando el ejercicio de esa potestad se traduzca en la ampliación de la esfera jurídica del particular titular de tales derechos (motivo por el cual no sería viable, en esta hipótesis, *la reformatio in pejus*).

Desde tal perspectiva, y en lo que se refiere, específicamente, al control a través del recurso de alzada, éste debería proceder en ambos casos con la amplitud<sup>148</sup> que, a nuestro juicio, deriva su fundamento del poder de

<sup>147</sup> Sobre el alcance del control en este aspecto, ver: Bianchi, Alberto B., *La regulación económica...*, cit., nota 11, p. 256; Tawil, Guido S., “A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores”, *Derecho administrativo*, Obra colectiva, dirigida por Juan Carlos Cassagne, en homenaje al profesor Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 1347 y ss, esp. 1359; Aguilar Valdez, Óscar, “Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación”, en varios autores, *Servicios públicos*, Mendoza, IEDA-Dike, 2001, pp. 17 y ss.; Seijas, Gabriela, *Los entes reguladores y la extensión del recurso de alzada*, ReDA, Buenos Aires, Depalma, 1998, núm. 27/29, p. 477; Mauri, Eduardo, *Avocación presidencial y entidades autárquicas*, ReDA, Buenos Aires, Depalma, 2000, núm. 33-35, pp. 439 y ss.

<sup>148</sup> Algunos autores (v. gr.: Escola, Héctor J., *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 371) aceptan, incluso, la posibilidad no sólo de la extinción del acto, sino, también, su modificación o sustitución. Cabe recordar

tutela inherente a la titularidad de la función administrativa; sin perjuicio de puntualizar la especificidad que, eventualmente, pudiera resultar del régimen previsto para la denominada actividad *administrativa jurisdiccional*.<sup>149</sup>

Por ello, considero que sería de dudosa constitucionalidad una ley formal o, en su caso, una norma reglamentaria que declarara *a priori* improcedente el recurso de alzada y pretendiera habilitar, así, directamente, la

que el artículo 97, último párrafo, del Reglamento de Procedimientos Administrativos autoriza únicamente la modificación o sustitución del acto con carácter excepcional si fundadas razones de interés público lo justificaren.

<sup>149</sup> Esta clase de actividad excluye naturalmente la posibilidad del control por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Y aun en el propio marco del control de juridicidad, se debe tener en cuenta el artículo 99 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, a tenor del cual el control del superior varía en su alcance según se hayan previsto, o no, respecto de esa clase de actos, la existencia de recursos o acciones ante la justicia o ante órganos administrativos especiales con facultades también jurisdiccionales. Si tales recursos o acciones existen, el deber del superior de controlar la juridicidad se limita a los supuestos de manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación del derecho, excepto que medie consentimiento del interesado o que éste haya promovido la intervención de la justicia o de los órganos administrativos jurisdiccionales, supuestos, ambos, en los que el superior no puede intervenir salvo que razones de notorio interés público justifiquen el rápido restablecimiento de la juridicidad. Es posible desprender del artículo que si aquellos recursos o acciones no están previstos, el deber del superior de controlar es amplio y no reconoce las limitaciones enunciadas. Por otra parte, aun cuando existan acciones o recursos de los enunciados y medien el consentimiento del interesado o la interposición de tales remedios, es también difícil concebir la exclusión de la intervención del superior si se configuran la “manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación del derecho”, en tanto no es dudoso que, situaciones de esa índole, comprometen el interés público y justifican el rápido restablecimiento de la juridicidad (remito a Comadira, Julio, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, pp. 256 y 257). Ahora bien: cabe presumir que cuando el autor de la norma se refiere a la actividad *jurisdiccional*, supone que ella proviene de un órgano dotado de garantías suficientes de independencia y neutralidad acordes con la índole de la actividad ejercida. Si ellas no concurren, como sucede con los entes reguladores creados en el ámbito nacional (Comadira, Julio R., *Derecho administrativo...*, cit., nota 23, p. 668 y nota 1678; idea, ésta, tomada por la Corte en la causa “Litoral Gas”, 16/4/98, Fallos 321: 776; véase Aguilar Valdez, Óscar, “Apuntes sobre el control administrativo de los Entes Reguladores de Servicios Públicos”, *Control de la administración pública*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, 15, 16 y 17 de mayo de 2002, Buenos Aires, RAP, 2003, p. 506; Seijas, Gabriela, *Los entes...*, artículo cit., nota p. 485) el control de juridicidad no debería reconocer los límites impuestos por el decreto. Si, por el contrario, gozaran de tales garantías, sería aplicable el sistema del artículo 99, citado, cuyo contenido autorrestrictivo del Poder Ejecutivo es de discutible validez constitucional (ver Dromi, José R., *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 151).

acción judicial contencioso administrativa. Si se tratara de una ley formal, ella afectaría una potestad propia del presidente de la nación como titular de la función administrativa; si la restricción fuera, en cambio, dispuesta por reglamento, éste consagraría una indebida renuncia del presidente a una potestad constitucional.

En este último sentido, y en tanto configuran una renuncia general a la potestad de tutela, son de dudosa constitucionalidad las normas reglamentarias que declaran improcedentes *a priori*, en ciertos supuestos, los recursos de alzada contra los actos del ente, como sucede con algunas controversias en el caso del Enargas —capítulo XI, artículo 12, del D.1738/92—<sup>150</sup> o con ciertos actos vinculados con la aplicación de las sanciones previstas en el Reglamento General del Servicio Básico Telefónico, artículo 16.<sup>151</sup>

La inconstitucionalidad no se configuraría, sin embargo, si la ley o el reglamento se limitaran a autorizar la acción contencioso administrativa

<sup>150</sup> “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 previsto en el artículo 66 de la ley”. Además, el artículo 70 de la Ley 24076 establece 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*. Siendo así, la interposición de alzada no puede vedarse, *a priori*, por reglamento. Respecto del procedimiento administrativo en los entes reguladores; véase, Cafferata, Fernando, “El procedimiento administrativo en los Entes Reguladores de los Servicios Públicos privatizados. Algunas cuestiones”, *Procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, pp. 287 y ss.

<sup>151</sup> “El acto administrativo que imponga o rechace la aplicación de la sanción establecida en el artículo 1 del presente régimen sancionatorio no será pasible del recurso de alzada establecido en el artículo 33 del Decreto 1185 de fecha 22 de junio de 1990 y sus modif.” (Resolución SC 10.059/99 B.0 10/5/99, ADLA LIX-B, 1.684, Anexo II). Asimismo, es cuestionable la disposición del reglamento de la Ley 24.065 (Energía Eléctrica) en tanto delega en la Secretaría de Energía —a cargo de un funcionario sin responsabilidad político constitucional— la resolución de los recursos de alzada interpuestos contra actos del ente (artículo 76, primer párrafo, del Reglamento aprobado por el decreto 1398/92), habida cuenta que en el régimen general en la materia (artículo 96 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, decreto 1759/72. TO 1991), al que la citada ley remite (artículo 76), aquellos recursos son resueltos por los ministros o los secretarios de la presidencia de la nación. No menos discutible es la atribución asignada a la Secretaría de Energía por el artículo 76, segundo párrafo, del referido reglamento, en tanto la faculta para *caracterizar* el acto del ente como jurisdiccional o no, a efectos de determinar los alcances del contralor de la Secretaría. La autorrestricción contenida en el artículo 99 del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos es, además, discutible (véase Dromi, José R., *Instituciones...*, cit., nota 137, p. 151).

sin exigir expresamente la alzada, o habilitaran la omisión de ésta en supuestos tasados y razonables, pues en el primer caso la norma se debería interpretar de modo de salvar su validez, es decir, en el sentido de que ella no excluye la procedencia del recurso administrativo y, en el segundo, como una forma de expresión razonable de reglamentación legal de la potestad administrativa, o bien de autorrestricción administrativa.

El reconocimiento de la viabilidad de esta clase de control no compromete, a nuestro juicio, la independencia *funcional* que debería caracterizar a los entes reguladores de los servicios públicos, en tanto ella se asegure *formalmente* con garantías especialmente instrumentadas con ese fin (nombramientos de los directivos previo concurso público; jurados jerarquizados para la resolución del procedimiento de selección; carácter vinculante del dictamen del jurado; estabilidad en el cargo de los designados durante el lapso que se fije; procedimientos de remoción debidamente reglados en sus causales y trámites; dedicación exclusiva; sistema de incompatibilidades rígido; estabilidad laboral *propia* para los agentes permanentes de acuerdo con lo establecido por el artículo 14 bis de la Constitución nacional, entre otras).<sup>152</sup>

Con esas garantías los entes estarían —reitero, *formalmente*— en condiciones de actuar y pronunciarse con independencia, más allá de la posición que pueda asumir el Poder Ejecutivo en su competencia revisora, la cual, en atención al resultado cualitativo que es razonable esperar en las decisiones de los entes así garantizadas, debería ejercerse excepcionalmente. Sin pretender, en modo alguno, identificar o equiparar las situaciones, cabe señalar que la independencia del juez en la función judicial, no se resiente por la posibilidad de revisión amplia que el tribunal de alzada posea respecto de las decisiones de la primera instancia, ámbito en el cual cabe presumir igual contenido cualitativo más allá de las instancias.

El empleo del recurso de alzada contra la decisión de un ente regulador aun cuando aquél no esté previsto expresamente por la normativa aplicable al caso es, a mi juicio, procedente sin que su utilización pueda implicar la pérdida ulterior de la posibilidad de acudir a la justicia *por medio del procedimiento y ante el órgano judicial fijados por el legislador*.<sup>153</sup>

<sup>152</sup> Un estudio muy completo sobre la cuestión de la independencia de los entes reguladores se puede ver en Aguilar Valdez, Óscar, “Apuntes...”, artículo *cit.*, pp. 481 y ss.

<sup>153</sup> Esta última conclusión es coherente, por lo demás, con el principio de la virtud interruptiva de los recursos administrativos (artículo 10., inciso e, apartado 7o., de la

La conclusión expuesta es, a mi juicio, la que mejor compatibiliza las exigencias de debida protección de los derechos en sede administrativa con los poderes inherentes a la titularidad de la función administrativa.

Finalmente, corresponde puntualizar que, más allá de las posturas doctrinarias, del Decreto Reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos se desprende la procedencia del control amplio

LNPA); o, si se quiere, con la aptitud “suspensiva” de los recursos innecesarios que, con discutible criterio, consagra el artículo 100, último párrafo, del Reglamento de Procedimientos Administrativos, conforme con el cual la interposición de los recursos de reconsideración (artículo 84 del Reglamento citado) o de revisión (artículo 22 de la LNPA) contra los actos definitivos que agoten las instancias suspende el plazo del artículo 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Véase Comadira, Julio R. y Laura Monti —colaboradora—, *Procedimientos administrativos..., cit.*, nota 23, p. 100 y nota 364. No obstante, a mi juicio, a lo expuesto en el texto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a tenor de la cual la consagración de un sistema específico para el control judicial de ciertas decisiones administrativas descarta la facultad del afectado de elegir la vía o el órgano judicial en busca de la protección de sus derechos, apartándose del camino contemplado en tales disposiciones legales (Fallos: 295:994, especialmente considerando 5o.; 310: 2336, adhesión al dictamen del Procurador General; 312: 1724, especialmente considerando 8o.; 317:387, especialmente considerando 8o.; “Edenor”, del 27/3/01, Fallos: 324: 803; entre otros pronunciamientos). A mi modo de ver, el sentido de esos fallos radica en impedir que el particular pueda, *per se*, cambiar el procedimiento o el órgano judicial determinados por la ley, pero no obstante, en cambio, a transitar primero la vía administrativa y, después, acudir a la justicia, eso sí, por el procedimiento fijado normativamente (recurso directo, si éste es el caso). En un fallo relativamente reciente la Corte consideró que valorar como extemporánea la presentación del recurso directo previsto por el artículo 40 de la Ley 22140 es incompatible con el resguardo del derecho de defensa, si el vencimiento del plazo se produjo por la tramitación de recursos administrativos interpuestos por el agente estatal inducido a error por la administración, quien, con sustento en doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, le indicó que la interposición de aquellos recursos era una vía apta para cuestionar la cesantía. CSJN, “Acosta”, del 2/8/00, Fallos: 323: 1919, en especial considerando 8o. Se podría desprender de esta sentencia que, de no mediar error excusable, los plazos para accionar judicialmente transcurren durante la tramitación del recurso administrativo. Sin embargo, en el esquema argumental de la Corte se podría, quizás, incluir, por extensión conceptual, en la configuración del *error excusable* a todo supuesto en el que haya de parte del administrado una interpretación razonable de las potestades que le asisten al Poder Ejecutivo como titular de la función administrativa, siempre que, agotada la instancia, accione dentro del plazo establecido y ante el órgano judicial determinado. La jurisprudencia de la Corte no se debería interpretar, entonces, como conducente al desconocimiento de las atribuciones propias del Poder Ejecutivo, pues como bien se expresa en un fallo de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo (“Gramajo”, 8/10/98), en el cual se procura precisar los alcances de tal jurisprudencia, sostener la atribución de la administración de controlar los actos que dictan sus propios órganos implica menoscabar el principio de división de poderes (especialmente el considerando 8o., segundo párrafo).

cuando el ente es creado por el Poder Ejecutivo, mientras que, en cambio, es limitado si la creación fue dispuesta por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales.<sup>154</sup> Y en todos los casos no es viable la sustitución, excepto concurrencia de fundadas razones de interés público.

### 3. *El alcance de la competencia de los entes*

Una cuestión también controvertida es el criterio que corresponde emplear para determinar el alcance de la competencia de los órganos y entes estatales.

Tradicionalmente, conforme con la postura que se ha dado en llamar *postulado de la permisión expresa*,<sup>155</sup> se ha señalado que en tanto la capacidad de las personas físicas en el derecho privado es una regla de carácter general, que habilita a éstas a realizar todo lo que no les esté expresamente prohibido, la competencia de los entes u órganos estatales constituye, en cambio, una habilitación normativa excepcional que autoriza a éstos a hacer sólo lo expresamente permitido.

Sin abandonar el principio de la vinculación positiva de la administración con la ley y sin propiciar la extensión, al campo de los órganos y entes

<sup>154</sup> A mi modo de ver esta forma genérica e indiscriminada de autorrestricción reglamentaria es de dudosa constitucionalidad, porque compromete la tutela que es inherente al ejercicio de la función administrativa. Tutela que, por lo demás, comprende, en mi opinión, la propia posibilidad de la avocación, en principio, también amplia. En materia de avocación correspondería, no obstante, introducir un matiz. En efecto: si se admite que la fórmula *facultades constitucionales del Congreso* para crear entes autárquicos comprende no sólo a los expresamente enunciados en la Constitución (v. gr.: bancos; aduana), sino, también, a los que, en general, puedan afectar derechos individuales de naturaleza no administrativa (entes de control con competencias únicamente referidas a concesionarios o licenciatarios), se podría aceptar que la exclusión de la avocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, que derivaría, por vía de principio, de lo dispuesto por el artículo 97 del Reglamento (Comadira, Julio R., con la colaboración de la Dra. Laura Monti; *Procedimientos administrativos...*, cit., nota 23, t. 1, artículos 10. a 34, p. 165), se limita, en rigor, es decir, encuentra su pertinencia (a la que aludimos en la obra citada) sólo en los actos de los entes creados por ley en razón de su expresa enunciación constitucional. Nos inclinamos por la improcedencia, en principio, de la avocación por mérito respecto de esa clase de entes porque si la creación legislativa no se funda, en estos casos, en la eventual afectación, por aquéllos, de derechos individuales, la actuación oficiosa, en tales situaciones, podría comprometer el propósito constitucional descentralizador, salvo los casos de grave y ostensible inoportunidad determinante de la irrazonabilidad del acto).

<sup>155</sup> Linares, Juan F., “La competencia y los postulados de la permisión”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, núm. 2, 1971, pp. 13 y ss.

estatales, del que la teoría egológica dio en llamar axioma ontológico de la libertad,<sup>156</sup> predominan hoy criterios más amplios que ubican las posibilidades de acción del órgano o del ente no sólo en lo expresamente autorizado, sino también en lo razonablemente implícito en lo expreso,<sup>157</sup> o bien en el principio de la especialidad aplicado a la determinación de la capacidad de las personas jurídicas privadas.<sup>158</sup>

A mi juicio resulta posible una conciliación entre ambas posturas, definiendo el contenido de los poderes razonablemente implícitos por medio de la especialidad, sin perjuicio de utilizar también esta última pauta para dar contenido a los poderes inherentes.

Estos últimos, conforme con la categorización que de ellos ha formulado en la doctrina argentina Aja Espil,<sup>159</sup> son los que derivan de la propia existencia y naturaleza del órgano, aun cuando no tengan soporte expreso en la literalidad de la norma de creación.

A modo de síntesis puedo decir que el alcance de la competencia de un órgano o ente estatal se debe determinar, en mi opinión, sobre la base de los siguientes elementos: en primer lugar, el texto expreso de la norma que lo regula; en segundo, el contenido razonablemente implícito inferible de ese texto expreso y, en tercer término, los poderes inherentes derivables

<sup>156</sup> Linares, Juan F., *La competencia...*, artículo *cit.* La tesis de Linares consiste en propiciar para los órganos y entes estatales, el mismo criterio básico que regula el accionar de las personas físicas: está permitido todo lo no expresamente prohibido. La diferencia entre el criterio determinante del accionar privado y el del accionar estatal parecería, así, reducirse a la necesaria existencia previa de la norma creadora del órgano o ente estatal, como supuesto condicionante de la juridicidad de su accionar. A mi juicio, los riesgos que esta posición implicaría para la libertad individual (Gordillo, Agustín A., *Tratado...*, *cit.*, nota 15, t. I, IX-14/18) y la presunta identificación entre competencia estatal y capacidad de las personas físicas a que ella conduciría (Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo...*, *cit.*, nota 20, t. II, p. 154) no son, en rigor, tales, pues Linares aclara que la permisión que surge de la norma creadora del ente u órgano estatal se refiere a la especialidad, vinculando este principio con los fines u objeto fijados para el ente (p. 27), sin perjuicio de los límites que también halla en otras normas del ordenamiento jurídico.

<sup>157</sup> Gordillo, Agustín A., *Tratado...*, *cit.*, nota t. I, IX-17; ver, asimismo, plenario “*Multicambio S. A. vs. Banco Central de la República Argentina*” de la Cámara de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo, JA-1986-I-140.

<sup>158</sup> Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo...*, *cit.*, nota 20, t. II, p. 98. Fue expuesto por el Tribunal mencionado en la nota precedente (Sala IV) en la causa “*Peso, Agustín c. BCRA*” (ED, 144-237). Es posible, en cierto modo, también inferirlo del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaído en la causa “*Font Jaime y otro c/ Estancias y Carnicerías Galli*”, JA-1962-VI-315.

<sup>159</sup> Aja Espil, Felipe, *Constitución y poder*, Buenos Aires, Tea, 1987, pp. 151 y ss.

de la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate, interpretados los dos últimos elementos, a la luz del principio de la especialidad.<sup>160</sup>

Las normas que fijan las competencias atribuyen a los entes y a sus directorios la facultad de realizar todas las medidas o actos necesarios para cumplir los objetivos legales y sus funciones (artículos 54 y 55, inciso s), L.24065; 50 y 52, inciso x), L.24076; 15, inciso k), D.1185/90 y 17, inciso u), D.999/92).

Esta amplia pauta competencial debe, sin embargo, interpretarse con prudencia en el caso de estos entes,<sup>161</sup> dotados de poderes normativos, ejecuti-

<sup>160</sup> Comadira, *Procedimiento administrativo*, cit., nota 23, p. 156.

<sup>161</sup> La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala IV, en fecha 19/5/94, en los autos “*Aguas Argentinas, S. A. c. Ente Tripartito de Obras y Servicios Públicos*”, hizo lugar a la suspensión de los efectos de la resolución del Etoss por la cual se impuso a la actora la obligación de abonar —dentro del plazo de treinta días— el importe de las vacaciones no gozadas durante el año 1992, a la totalidad de los ex agentes de Obras Sanitarias de la Nación incorporados a Aguas Argentinas a partir de la toma de posesión. La Sala estimó que el acto referido adolecía, *prima facie*, de incompetencia ya que la *finalidad* de creación del ente, conforme lo previsto en el artículo 17 del decreto 999/92, obedecería al ejercicio de poderes de policía y de regulación y control en materia de prestación del servicio público objeto de la concesión, no advirtiéndose qué incidencia podría tener el incumplimiento imputado, en su caso, en la prestación del servicio que se examina (acápite VI, de la sentencia). Ver CSJN, 16/4/98, “*Litoral Gas, S. A.*”, donde el Alto Tribunal sostuvo, refiriéndose a las facultades jurisdiccionales Enargas, “...La actuación de tales entes u órganos ha sido siempre condicionada a limitaciones constitucionales... la limitación... deriva de la materia específica que la ley sometió al previo debate administrativo... su competencia debe ser ejercida con las limitaciones que surgen del artículo 66 de la ley”. En la causa “*Defensor del Pueblo de la Nación*” del 14/9/00 (JA 2001-I-225), se estableció: “...el ente debe ejercer sus atribuciones de acuerdo con las facultades que le han sido otorgadas... Su finalidad 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’ ... no pudo, en consecuencia, dictar las resoluciones anuladas ya que sólo puede ejercer sus funciones dentro de los límites de las normas que le encomiendan sus facultades... pero no desvirtuar el sentido de ese régimen mediante el establecimiento de obligaciones no previstas en él...”; CNCaf, S. IV, 29/12/95, “*Municipalidad de Villa Constitución c/ Enargas*”; el tribunal afirmó: “...del espíritu de las normas aplicables resulta que es siempre dentro del marco de sus funciones y facultades, establecidas en dicha ley ...que el ente debe actuar haciendo cumplir la ley y las pertinentes reglamentaciones y llevando a cabo todas las medidas necesarias también para cumplir los objetivos... enunciados en ...la referida normativa...”; S. I, 20/2/96, “*YPF S.A c/Enargas*”, de cuyos considerandos se extrae: “...la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales... no se configura como un ‘límite’ externo... sino... un ‘presupuesto’ de ella, en virtud de la vinculación ‘positiva’ de la administración al ordenamiento jurídico... la atribución de competencia jurisdiccional

vos y jurisdiccionales, pues no debe olvidarse que, como dijo Forsthoff,<sup>162</sup> la competencia es, a la vez, una autorización y una limitación y, como afirma Martín del Burgo y Marchan,<sup>163</sup> las limitaciones pueden ser también implícitas.

Los entes no pueden hacer siempre todo lo necesario, como podría desprenderte de la letra de las normas de creación, porque no todo lo necesario es legítimo. Sería, por ejemplo, ilegítima la imposición al concesionario o prestador de un servicio, de mayores cargas que las previstas en los pliegos o en el contrato, invocando la competencia para reglamentar los modos de interrupción o reconexión de los suministros. O exigir del ente la adopción de medidas propias de la Policía de Seguridad del Estado. O la eventual fijación a los usuarios de obligaciones que no tengan fundamento legal formal. O la pretensión de disponer, en el curso de un procedimiento jurisdiccional, medidas cautelares que incidan sobre el patrimonio de particulares, si no hubiera para ello explícita autorización legal formal.

#### 4. *Las facultades legislativas delegadas*<sup>164</sup>

Ya en 1927 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido caso “Delfino”, dejó establecido que no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella.<sup>165</sup>

a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada... con carácter estricto”; en este sentido ver, entre otros, S. I, 15/10/99, “Ángel Estrada y Cía., S. A.” (JA, 2001-IV-248; JA 2001-IV-271); S. II, 2/11/99, “EDELAP, S. A.”; S. III, 14/5/96, “Gasnor, S. A.”, que estableció: “...la competencia del Enargas se limita ...al procedimiento de autorización del traslado del gravamen... resultando extraño a sus atribuciones el expedirse sobre la legitimidad de una norma que imponga gravámenes...”.

<sup>162</sup> Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1958, p. 573.

<sup>163</sup> Martín del Burgo y Marchan, Ángel, *El principio general de competencia en derecho administrativo (con un estudio preliminar sobre el poder)*, Madrid, 1990, p. 322.

<sup>164</sup> Sobre delegación ver comentario al artículo 3o. de la Ley de Procedimientos comentada con la colaboración de la doctora Laura Monti (Comadira, Julio R. y Monti, Laura —colaboradora—, *Procedimientos..., cit.*, nota 23, comentario al artículo 3o., pp. 116 y ss.). También Óscar Cuadros, para quien la praxis legislativa generada después de la reforma demuestra que la autorización contemplada por el artículo 76 de la CN se refiere a la delegación propia (ver, “Potestad reglamentaria en la provincia de San Juan”, *Acto administrativo y Reglamento, cit.*, nota 172, p. 398).

<sup>165</sup> Fallos: 148: 432 (considerando 8o.).

En ese pronunciamiento, el Alto Tribunal puntualizó también que existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al poder ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla, destacando que lo primero no puede hacerse mientras que lo segundo sí.

Expresó la Corte que es un principio uniformemente admitido para el mantenimiento e integridad del sistema constitucional, la improcedencia de que el Congreso delegue en el Poder Ejecutivo u otro departamento de gobierno ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos.

Señalaba Bianchi en 1990 que la doctrina de ese fallo era, en realidad, incluso en ese entonces, la vigente, pues el Alto Tribunal nunca había aceptado, al menos de derecho, la procedencia de la delegación legislativa.<sup>166</sup>

Esto no implica que, en la práctica, la delegación legislativa no se haya operado en numerosos casos. Más aun, a partir de algunas argumentaciones de la Corte contenidas en el fallo dictado en la causa “Peralta”,<sup>167</sup> pareció iniciarse un posible sinceramiento de la jurisprudencia en este aspecto,<sup>168</sup> si se tiene en cuenta que en los considerandos 30 y 31 se expone, precisamente, a la delegación de funciones legislativas en el Banco Central —la Corte habla, pues, de *delegación*— como ejemplo de la decisión de confiar a un organismo dependiente del Poder Ejecutivo el establecimiento de políticas, en una materia que, como la monetaria, requiere, en virtud de su alta complejidad técnica, como lo demuestra la experiencia nacional y extranjera, de decisiones rápidas, cambiantes y variadas.

Sin embargo, antes y después de la citada causa, el encuadre jurisprudencial predominante fue el ámbito de los reglamentos de ejecución contemplados por el (antiguo) artículo 86, inciso 2o., de la Constitución.<sup>169</sup> En

<sup>166</sup> Bianchi, Alberto B., *La delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 1990, p. 146.

<sup>167</sup> “Peralta, Luis A., y otro” (Fallos 313:1513, LL 1991-C-141 y JA 1991-II-556).

<sup>168</sup> Sagüés, Néstor P., *Decretos de necesidad y urgencia: estado actual del problema*, LL 1992-B-916.

<sup>169</sup> La distinción formulada por el Alto Tribunal en la causa “Cochia, Jorge D. v. Estado Nacinal y otros”, resuelta con fecha 2/12/93 (JA. diario del 15/6/94), entre reglamentos ejecutivos *adjetivos* —que no implicarían más que la instrumentación de normas de procedimiento para la adecuada aplicación de la ley por la administración pública— y ejecutivos *sustantivos* —en los que el legislador define, estructura y sistematiza la mate-

el mismo orden de ideas se ha orientado la Procuración del Tesoro de la Nación, la cual, después de negar validez constitucional a los denominados reglamentos delegados, ha preferido denominar a los supuestos de delegación legislativa como reglamentos de “integración”, y a los casos de atribución reglamentaria a órganos inferiores del Poder Ejecutivo, como reglamentos delegados.<sup>170</sup>

Ahora bien, la reforma constitucional abre, en este aspecto, nuevas expectativas pues el actual artículo 76 prohíbe, en su primer párrafo, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración<sup>171</sup> o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases para la delegación que el Congreso establezca, consignando, en el segundo párrafo, que la caducidad del plazo referido no importará la revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

A su vez, la disposición transitoria octava de la Constitución determina que la legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.<sup>172</sup>

ria que quiere regular, y expresa, de modo completo y terminado, la voluntad soberana del pueblo, reservando la aplicación concreta de aspectos parciales, relativos a tiempo, lugar u otras circunstancias, a la decisión del Poder Ejecutivo— halló encuadre también en el entonces artículo 86, inciso 2, de la Constitución nacional.

<sup>170</sup> “Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación”, *RAP*, núm. 94, 1986, p. 80.

<sup>171</sup> Esta fórmula pertenece a Bielsa (ver, Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1959, p. 480), quien no dio un concepto positivo de las materias mencionadas y, en cierto modo, las definió por exclusión al considerar que ellas no podían significar la remisión del poder impositivo, ni represivo penal, ni de imposición fiscal, ni de cargas personales, ni actos que restrinjan el derecho de propiedad, la libertad personal de locomoción, industria, trabajo, enseñar y aprender, ni la inviolabilidad del domicilio. Este temperamento es decisivo porque restringe la procedencia de la delegación al ámbito de la función administrativa, pero los límites que le opone son tan amplios que, en rigor, vacía de contenido a la posible delegación, porque inhibida ésta de versar sobre cualquier incidencia restrictiva de la libertad en general, las materias de administración se limitarían a la actividad de organización interna del poder administrador, para la cual éste no requiere, por lo demás, de delegación, excepto para la organización ministerial.

<sup>172</sup> A raíz de dicha cláusula el Congreso dictó la ley 25148, que ratificó en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo que me lleva a hacer la aclaración de

He dicho antes que, entre las facultades asignadas a los entes, aparecen algunas que corresponden al ámbito de la regulación (ver *supra* nota 105), las cuales son más bien propias del legislador. Estas competencias deben analizarse en el marco del principio constitucional derivado de las disposiciones comentadas.

En ese sentido, entendemos que, cualquiera sea el alcance que se asigne a la reforma en este aspecto,<sup>173</sup> si las facultades que se consideren delegadas corresponden a materias prohibidas, deben derogarse, y si, en cambio, pueden encuadrarse en el ámbito permitido (administración o, eventualmente, emergencia pública) quedan sujetas a lo preceptuado por la disposición transitoria octava. Para la delegación en el futuro debe observarse naturalmente el límite cualitativo y temporal fijado por la Constitución.

Forma parte de la temática de la delegación la cuestión relativa a la procedencia de la subdelegación y ella se presenta, en el caso en estudio, con particular interés, porque las normas creadoras de los entes los facultan, en general, para delegar en sus funcionarios las atribuciones que considere adecuadas para la eficiente y económica aplicación de la ley (artículos 56, inciso r, de la Ley 24065 y 52, inciso u, de la Ley 24076; asimismo,

que, desde mi punto de vista, la delegación legislativa es procedente respecto de la regulación de actividades que aun siendo propias del Poder Ejecutivo deben, sin embargo, disciplinarse por ley formal en tanto afectan derechos individuales o bien corresponden a materias específicamente asignadas por la Constitución al Congreso. El repaso de las materias consideradas como de administración en el artículo 2 de la ya citada ley 25148 me permite advertir lo siguiente: los incisos a), b), c), d) y e) del citado artículo son indicativos de la administración *especial* —bien que ampliada— a la que se refería Marienhoff, creación de entidades autárquicas; regulación de las fuerzas armadas; organización y atribuciones de la jefatura de gabinete y de los ministerios; creación de un organismo fiscal federal para la ejecución del régimen de coparticipación federal y legislación en materia de servicios públicos de competencia legislativa, Marienhoff, Miguel S., *Tratado..., 4a. ed., cit., 1990, t. 1, pp. 407-408*). Y el mismo valor indicativo posee el inciso f) del referido artículo —cláusula final residual que considera como materia determinada de administración *a toda otra asignada por la Constitución nacional al Poder Legislativo*— en la medida en que se lo interprete como referido a las competencias legislativas que fundan el accionar administrativo afectante de derechos individuales. Los conceptos expuestos son actualmente aplicables a la Ley 25645. Ver también, Óscar Cuadros, para quien la praxis legislativa generada después de la reforma demuestra que la autorización contemplada por el artículo 76 de la CN se refiere a la delegación *propia*. En “Potes-tad reglamentaria...”, artículo *cit. en Acto administrativo y reglamento*, Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ed. RAP, 2002, p. 398.

<sup>173</sup> Veáse, por ejemplo, las alternativas que plantea Bianchi, *Una primera aproximación a la reforma constitucional*, ED, diario del 28/9/94).

artículo 15, inciso j, del D. 1185/90, aunque en este caso sólo autoriza al directorio la delegación parcial).

A mi juicio, esta potestad, tal como aparece concebida, es inconstitucional, porque habilita una delegación de competencias irrestricta, tanto de contenidos como de destinatarios. Esto es cuestionable, no sólo en relación con las competencias *legales*, sino también respecto de la atribución de facultades estrictamente reglamentarias de la ley. En el primer caso, se flexibiliza en exceso el principio de división de poderes y, en el segundo, se agrava la relativización de la potestad reglamentaria presidencial.

### *5. Las funciones jurisdiccionales*

Los marcos regulatorios del Gas y la Electricidad contemplan el sometimiento de ciertas controversias a la jurisdicción previa y obligatoria de los entes respectivos (artículos 72 de la Ley 24065 y 66 de la Ley 24075). A su vez, respecto de la CNC, debe tenerse en cuenta el Decreto 62/90 (Anexo I, capítulo X, acápite 10.7).

En el primer caso se prevén las controversias entre los sujetos de la ley (transportistas, distribuidores, comercializadores, almacenadoras y consumidores que contraten directamente con el productor) así como con todo tipo de terceros interesados, sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas.

En el segundo, se contemplan las controversias entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad.

En relación con la CNC, en tanto autoridad regulatoria en su materia, cabe consignar que el Decreto antes citado prescribe que todo conflicto entre prestadores relativos a la prestación del servicio público de telecomunicaciones será resuelto por la Autoridad Regulatoria.<sup>174</sup>

<sup>174</sup> Es de puntualizar, asimismo, que, aun cuando el artículo 28, inciso d), del decreto 1185/90, no establece, *a priori*, la actuación previa obligatoria de la CNC, contempla, sin embargo, su posible intervención de oficio, cuando un licenciatario no admite la interconexión de acuerdo con los términos de su licencia o del precio respectivo. Con respecto a la actual CNC, puntuiza Tawil, en “El procedimiento administrativo ante los entes reguladores”, en *Procedimiento... Jornadas*, p. 263, citado, que “Si bien no se ha reconocido tradicionalmente la existencia en la CNC de funciones jurisdiccionales similares a las previstas en las leyes núms. 24065 y 24076 al ENRE y al Enargas, destacados especialis-

Se ha considerado que estas disposiciones, tal como se presentan, parecen inspiradas en la doctrina norteamericana de la jurisdicción primaria administrativa,<sup>175</sup> nacida en un pronunciamiento del Alto Tribunal de Estados Unidos de 1907 (“Texas & Pacific Railways Co. vs. Abilene Cotton Oil Co.”).<sup>176</sup>

Esta doctrina significa, al decir de Schwartz, que cuando se crea un organismo administrativo y se le atribuye jurisdicción sobre cierto tipo de casos, los tribunales deben abstenerse de intervenir en ellos hasta que el organismo administrativo se haya pronunciado.<sup>177</sup>

Modernamente se la expresa diciendo que sólo posterga el ejercicio de la jurisdicción por los órganos del poder judicial y no indica falta de jurisdicción.<sup>178</sup>

Su fundamento sustancial radica, por un lado, en la necesidad de obtener orden, coherencia y uniformidad en la aplicación de la ley en cuestiones complejas, fluidas o múltiples, y, por otro, en aprovechar el conocimiento y experiencia administrativas en la decisión judicial que en definitiva se adopte.

En la doctrina argentina la opinión de los autores es variada al tiempo de establecer si la doctrina de la jurisdicción primaria administrativa<sup>179</sup> ha tenido, o no, acogida en el ámbito nacional. Las conclusiones dependen del criterio que se emplee para describir su contenido y alcances en el país de origen.

Así, Mairal, en el marco temático de la coordinación de competencias entre la justicia y la administración, considera inaplicable en nuestro derecho a la mencionada doctrina, ya que ella supone la existencia de un elaborado sistema de procedimiento administrativo, cumplido ante funcionarios

tas —N. de R.: entre los que señala a Héctor Huici— consideran presentes ellas ante la obligación de someter al ente todo conflicto entre prestadores relacionado con la prestación de los servicios de telecomunicaciones”.

<sup>175</sup> Saravia, Luis A., “Panorama de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados”, *La Ley Actualidad*, diario del 29/7/93 (conclusión), acápite XV.

<sup>176</sup> Schwartz, Bernard, *Administrative...*, cit., nota 77, p. 482.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 484.

<sup>178</sup> Guastavino, Elías P., *Tratado de la “jurisdicción administrativa” y su revisión judicial*, Buenos Aires, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1987, t. I, p. 251, nota 286 y su remisión.

<sup>179</sup> Alberto Bianchi señala (¿Qué son los entes reguladores?..., cit., nota 11, 245) al caso “Salliqueló Cooperativa de Servicios Públicos C. Distribuidora de Gas Pampeana, S. A.” (28/4/98, LL 1998-F-332), en el cual se utiliza la expresión jurisdicción primaria.

independientes de la administración activa que gozan de importantes garantías de imparcialidad.<sup>180</sup>

Por su parte, Guastavino, al analizar la doctrina en cuestión destaca que dentro de ella se suelen incluir situaciones en las que las entidades o agencias no desarrollan, necesariamente, funciones jurisdiccionales en sentido cabal o asimilables a ellas. Las funciones de reglamentación por delegación legislativa, fiscalizadoras, homologatorias y de peritaje o asesoramiento especializado constituyen, precisamente, ejemplos de esa amplitud.<sup>181</sup>

Por tal motivo, a su juicio, no cualquier acto que signifique el ejercicio por la administración de una facultad propia y luego revisable judicialmente pone en movimiento la doctrina de la “jurisdicción” administrativa primaria, sino, únicamente, aquel que en el régimen institucional ordinario corresponde emitir a los jueces y que por excepción el legislador atribuye su conocimiento primario a organismos administrativos.<sup>182</sup>

Sobre tales premisas, Guastavino liga, entonces, la doctrina de la jurisdicción administrativa primaria, a la que propone denominar “doctrina de la competencia o incumbencia primaria administrativa”, con el ejercicio de funciones jurisdiccionales por la administración.

Su análisis no está desprovisto de propuestas reformuladoras de la jurisdicción administrativa primaria, consistentes en la interpretación estricta de las leyes formales que recortan las facultades de los órganos judiciales y, ya en el plano de la reforma legislativa, en la asignación al Poder Judicial de los medios técnicos y materiales necesarios para que él pueda asumir, desde su origen y con plenitud, las funciones que constitucionalmente le incumben en todas las materias posibles.<sup>183</sup>

Tawil, por su parte, entiende que la doctrina en análisis no tiene, en el derecho norteamericano, el alcance que le asigna Guastavino, pues aquélla se limita, a su juicio, a una cuestión prejudicial tendiente a lograr una coordinación de competencias, es decir, a determinar a qué jurisdicción le corresponde intervenir en forma primaria.<sup>184</sup>

<sup>180</sup> Mairal, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. II, p. 748.

<sup>181</sup> Guastavino, Elías P., *Tratado..., cit.*, nota 178, t. I. p. 231.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 292 y ss.

<sup>184</sup> Tawil, Guido S., *Administración y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II, p. 140 y nota 563.

Posteriormente Aguilar Valdez viene a coincidir con Tawil al señalar que la “primary jurisdiction” reviste, en aquel derecho, la naturaleza de una técnica de coordinación de competencias entre el Poder Judicial y las agencias, tendiente a determinar cuál ha de entender en forma primaria en un caso o cuestión, generadora de una autorestricción judicial en beneficio de competencias otorgadas por el legislador a aquéllas e invocable, por ende, únicamente en el marco de un proceso judicial.<sup>185</sup>

A partir de esa premisa, Aguilar Valdez señala las diferencias entre la doctrina indicada y la intervención previa obligatoria que, en nuestro derecho, se otorga, en ciertos supuestos, por ejemplo, al Enargas y al ENRE. En ese sentido, destaca como diferencias entre la doctrina norteamericana y el sistema de los entes locales, el distinto punto de partida —competencia originaria del juez en Estados Unidos, del ente entre nosotros—, el diverso carácter de las técnicas implicadas —administración judicial en Estados Unidos, técnica legislativa en el caso de los entes locales— y el diferente alcance de la potestad judicial —libre apreciación en Estados Unidos y obligatoria intervención previa del ente, entre nosotros—.<sup>186</sup>

La actuación de los entes (Enargas y ENRE) se ubicaría, así, en la categoría del *agotamiento de la instancia administrativa*.<sup>187</sup>

Más allá de los alcances que pueda asignarse a la doctrina de la jurisdicción administrativa primaria en el derecho administrativo norteamericano, pienso que, en los casos de los entes que estoy considerando en este trabajo, la intervención previa obligatoria que a ellos les asignan las normas de creación, constituye un supuesto de actividad jurisdiccional<sup>188</sup> de la administración pública, es decir, la actividad que en el orden normal de las instituciones compete a los jueces. Ello, en tanto aquella intervención se refiere a *controversias* entre el Estado y los prestadores u otros sujetos o entre diversas personas privadas entre sí.

<sup>185</sup> Aguilar Valdez, Óscar, “Reflexiones sobre las ‘funciones jurisdiccionales’ de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la administración, con especial referencia al Ente Regulador del Gas y de la Energía Eléctrica”, tesis presentada para optar al título de magíster en Derecho administrativo en la Universidad Austral, publicada en *Anuario del Instituto de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, núm. 1, pp. 215 y ss.

<sup>186</sup> Aguilar Valdez, Óscar, *Reflexiones...*, cit., nota 185, pp. 215 y ss.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>188</sup> Cassagne, Juan C., *Los nuevos entes...*, artículo cit., nota 20.

Ahora bien, el ejercicio de las denominadas funciones jurisdiccionales por parte de órganos o entes administrativos es una de las cuestiones más debatidas en nuestro derecho administrativo.

La Constitución nacional establece, en el ahora artículo 109 (*ex 95*), que en ningún caso el presidente de la nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las feneidas.

En la doctrina, un sector de autores, tomando como base la citada cláusula constitucional, niega que en nuestro ordenamiento jurídico pueda atribuirse válidamente a órganos administrativos el ejercicio de funciones propias de los jueces.<sup>189</sup>

Otros juristas piensan, en cambio, que, dentro del género de la jurisdicción, entendida como función estatal de decir el derecho en casos controvertidos, o, como dijo García Trevijano Fos,<sup>190</sup> como potestad de comprender intereses contrapuestos, deben distinguirse la jurisdicción judicial, ejercida por los tribunales judiciales, de la jurisdicción administrativa atribuida a ciertos órganos o entes administrativos.

En esta última vertiente doctrinaria, no es uniforme el alcance que se asigna a la jurisdicción administrativa, pues mientras Bielsa,<sup>191</sup> por ejemplo, limita la jurisdicción administrativa a los casos de conflictos o controversias que se originen entre la administración y los administrados a consecuencia de actos de aquélla, con exclusión de las causas entre particulares, otros autores, por ejemplo, Marienhoff, no formulán distinción en ese aspecto.<sup>192</sup>

<sup>189</sup> Fiorini, Bartolomé A., “Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la administración pública”, *JUS*, núm. 6, p. 31; Dromi, José R., *Instituciones...*, *cit.*, nota 137, p. 144; Gordillo, Agustín A., *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, p. 104, y “Tribunales Administrativos”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, núm. 41, p. 81; Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1988, t. II, pp. 501 y ss.; Diez, Manuel M., *Derecho administrativo...*, *cit.*, nota 136, 2a. ed., t. II, pp. 228 y ss. Más recientemente, Patricia R. Martínez, en su artículo citado (p. 149).

<sup>190</sup> García Trevijano Fos, José A., “Principios jurídicos de la organización administrativa”, *IEP*, Madrid, 1957, p. 191.

<sup>191</sup> Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo...*, *cit.*, nota 135, pp. 221 y ss., y *Cuestiones de jurisdicción*, Buenos Aires, La Ley, 1956, pp. 37 y ss.

<sup>192</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, *cit.*, nota 5, t. I, pp. 86 y ss. y 91-92. Guastavino también caracteriza al acto administrativo jurisdiccional sin efectuar diferenciaciones (Guastavino, Elías P., *Tratado...*, *cit.*, nota 178, t. I, pp. 40-41 y t. II, pp. 322 y ss.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha encontrado en el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos uno de los aspectos que, en mayor grado, atribuyen fisonomía relativamente nueva al principio de división de poderes.

Según la Corte, la idea de una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia da soporte a la atribución jurisdiccional de la administración, como modo de responder, pragmáticamente, al reclamo imperioso de los hechos.<sup>193</sup>

El alcance de ese reconocimiento no ha sido, no obstante, uniforme y hace ya tiempo que la Corte abandonó el criterio que la llevó a admitir que cierto tipo de negocios o infracciones, por razón de la naturaleza pública de los intereses tutelados, fueran juzgados por organismos administrativos investidos legalmente de la facultad de dictar pronunciamientos judiciales irrevisables por los tribunales ordinarios de justicia.<sup>194</sup>

Sin dejar de reconocer la validez de la jurisdicción administrativa, la Corte tiene establecido que una de las condiciones de esa legitimidad es el sometimiento de la decisión administrativo-jurisdiccional a control judicial suficiente.

Este *estándar jurídico* ha sido, a su vez, objeto de una interpretación que, lejos de definirlo con arreglo a pautas generales u omnicomprendivas, lo somete a parámetros flexibles y variables según las circunstancias de la materia y la causa comprometida, de modo que su medida depende, por ejemplo, de la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad técnica de las cuestiones involucradas y la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo.<sup>195</sup>

Por aplicación de estas pautas, el Alto Tribunal ha resuelto<sup>196</sup> que tratándose de conflictos entre particulares sobre temas de derecho privado, control judicial suficiente importa:

- a) Reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recursos ante los jueces ordinarios.

<sup>193</sup> *In re* “Recurso de hecho deducido por Poggio, Marta del Campo de; Poggio, José Víctor y Saavedra, Delia Josefina Poggio de, en la causa Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José (sucesión)”, Fallos 247:652, especialmente considerando 5o.

<sup>194</sup> Fallos 193:412.

<sup>195</sup> CSJN, “López de Reyes”, Fallos 244:548.

<sup>196</sup> *In re* “Fernández Arias”, citado en el considerando 19.

- b) Negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto los hechos y el derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados elijan la vía administrativa. En este fallo se estableció también que la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface el control judicial suficiente.

Esta pauta ha sido también aplicada a las sanciones contravencionales policiales,<sup>197</sup> municipales privativas de la libertad,<sup>198</sup> o no<sup>199</sup> y a la sanción de las infracciones aduaneras.<sup>200</sup>

Una tendencia hacia el control más restringido se advierte, en cambio, en otras materias. Así, por ejemplo, respecto del control judicial procedente en las controversias entre particulares regidas por el derecho laboral, que exijan la valoración de decisiones administrativas<sup>201</sup> o sobre controversias entre el Estado y los particulares no asimilables a controversias privadas.<sup>202</sup>

En mi opinión, la índole de las controversias que son sometidas a la jurisdicción obligatoria de los entes, debería conducir a un control judicial pleno de los hechos y el derecho controvertido, por extensión, a estos casos, de la jurisprudencia sentada en el caso Fernández Arias.

No se me escapa que algunas de las pautas enunciadas por la Corte para acotar el alcance de la revisión, por ejemplo, el grado de complejidad técnica de las cuestiones involucradas, y la índole no estrictamente jurídico privada de los eventuales conflictos, podrían, quizás, justificar, en el marco de la jurisprudencia de la Corte, un control más restringido.<sup>203</sup>

Sin embargo, más allá de que siempre he pensado que los conflictos de intereses entre partes, cualesquiera sean éstas, no pueden nunca ser sus-

<sup>197</sup> CSJN, “Madala”, Fallos 305:129.

<sup>198</sup> CSJN, “Di Salvo”, Fallos 311:334 (JA 1989-I-809).

<sup>199</sup> CSJN, “Derna” (JA 1987-IV-245).

<sup>200</sup> CSJN, “Schuster”, Fallos 310:2159 (JA 1988-IV-291).

<sup>201</sup> Mairal, Héctor A., *Control judicial...., cit.*, nota 180, t. II, p. 674.

<sup>202</sup> *Ibidem*, pp. 676 y ss.

<sup>203</sup> Aun cuando la incompetencia del fuero contencioso administrativo para entender en los conflictos entre prestadores telefónicos y usuarios, resuelto por la Corte Suprema, en la causa “Davarro, Saúl c/Telecom S.A. s/juicio de conocimiento” (8/09/92) y su atribución a la justicia federal civil y comercial, podría, quizás, conducir a un control más amplio por la justicia (Aguilar Valdez, Óscar; *Reflexiones...., cit.*, nota 185, p. 253).

traídos a la jurisdicción judicial plena, estimo que las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para la actuación de los entes, no alcanzan para categorizarlos como Tribunales Administrativos.<sup>204</sup>

Desde esa perspectiva debe, pues, interpretarse, en mi opinión, el alcance del control judicial sobre el actuar *jurisdiccional* del ente. Y, por lo mismo, la actividad que no revista ese carácter, salvo, claro está, los límites tradicionales afirmados para el control de la discrecionalidad. Ello, se trate de la revisión por recurso directo ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, como autorizan las leyes del Gas y la Electricidad, sea por la vía ordinaria que resulta para los regímenes de Teléfonos y Agua.<sup>205</sup>

En cualquier caso, no es dudoso que, cuando la *jurisdicción* del ente aparece concebida como previa y obligatoria, la justicia estará inhibida de intervenir si antes no lo hace el ente. No debería aplicarse, en estos supuestos, en mi opinión, la jurisprudencia que otorga carácter renunciable a los requisitos que condicionan normalmente la habilitación de la instancia.<sup>206</sup>

<sup>204</sup> La CSJN ha tomado esta idea, respecto del Enargas en la causa “*Litoral Gas*” (Fallos 321:776) —cons. 60.—, consideración extensible al pronunciamiento de la Cámara donde también se expresa con acierto que la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada a la luz de la preceptiva constitucional con carácter estricto, siguiendo este criterio, S. I., “*Ángel Estrada*”, cit., voto del Dr. Coviello, refiriéndose al ENRE.

<sup>205</sup> Se desprende de la jurisprudencia que la existencia de un remedio específico impide la promoción de la vía impugnatoria ordinaria (LNPA), por lo cual cuando el afectado tiene expedita la revisión judicial a cargo de la Cámara con arreglo a lo establecido en la ley de la materia, no está facultado para elegir la vía o el órgano judicial en busca de la protección de sus derechos, en apartamiento de las previsiones de la ley (doctrina de la CSJN que, al interpretar el término “podrá” incluido en diversas normas relacionadas con la posibilidad de interponer recursos judiciales contra actos de la administración, ha dicho que ese vocablo no otorga al particular sino la posibilidad de dejar la esfera administrativa para pasar a la judicial, reservándose la ley el señalamiento del plazo dentro del cual debe plantearse la acción o el recurso (CSJN, 21/09/89, “*Donaruma, Héctor*”, Fallos, 312:1724, previamente, en este mismo sentido, 19/11/87, “*Maffei, Enrique*”, Fallos 310: 2336).

<sup>206</sup> Así, el Juzgado Federal de San Miguel de Tucumán resolvió declarar su incompetencia para seguir entendiendo en dos causas, en atención a la jurisdicción “previa y obligatoria” otorgada al Enargas, por el artículo 66 de la ley 24076 (“*Belmat, S. A. c/ Distribuidora de Gas Noroeste, S. A., s/ Nulidad*”, expte. 1415/93, del 1/9/93; y “*Complejo Agroindustrial San Juan, c/ Distibudora del Gas del Noroeste, S. A.*”, expte. núm. 1574/93, 1/9/93”). En el fuero contencioso administrativo de la Capital Federal el Juzgado de Primera Instancia núm. 8, resolvió, a su vez, de oficio, la improcedencia de una acción meramente declarativa, con sustento en la existencia de la vía prevista por el artículo 66

## XVII. LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS. REVALORIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO<sup>207</sup>

Los regímenes en estudio regulan la realización de audiencias públicas, como requisito obligatorio o discrecional previo a la adopción de ciertas decisiones de los entes.<sup>208</sup>

de la Ley 24076, como medio idóneo alternativo para evitar el perjuicio o lesión invocada por la actora (“*Litoral Gas, S. A. c/Estado Nacional y otro*”, 13/10/94). En la causa citada “*Complejo Agroindustrial San Juan, S. A. c/Distribuidora Gas Noroeste*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General, resolvió, el 23/4/96, la cuestión de competencia planteada entre el Ente Nacional Regulador del Gas y la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán —que había revocado la declaración de incompetencia del Juez de Primera Instancia— haciendo lugar a la inhibitoria planteada por el referido ente y disponiendo, en consecuencia, la remisión a él de la causa para su conocimiento en el marco de lo dispuesto por los artículos 50 y 66 de la ley 24076; igual criterio sienta el Alto Tribunal, con fecha 30/10/01, en la causa “*Transporte de Gas del Norte, S. A. solicita avocación de competencia en autos Vivas Cruz Dionisio c/ Conta, S. R. L. s/ Interdicto de Obra nueva*” (JA 2002-II-254) por adhesión también al dictamen del Procurador General; asimismo: CNCAF, 8/7/93, “Belmat, S. A.”

<sup>207</sup> El Poder Ejecutivo dictó el ya citado decreto 1172/03 (*supra*, texto y nota 132) por el cual aprobó como Anexo I, el “Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional”. La norma reconoce como objeto la regulación del mecanismo de participación ciudadana en las Audiencias Públicas y establece el marco general para su desenvolvimiento. Así, a lo largo de cuatro capítulos, el Reglamento prevé las *Disposiciones Generales* (capítulo I); la *Etapa Preparatoria* (capítulo II); el *Desarrollo* (capítulo III); y la *Etapa Final* (capítulo IV). En el capítulo I (*Disposiciones Generales*), además de fijarse el *objeto* del Reglamento, se determinan su *ámbito de aplicación* (todas las audiencias públicas convocadas en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione en jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional); se *describe* la Audiencia Pública (como una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en el cual se habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquel que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general exprese su opinión); se establece la *finalidad* de ellas (permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública, opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones sobre la cuestión sometida a consulta); se enuncian los *principios que* deben inspirarlas (igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad); los *efectos* atribuibles a las opiniones y propuestas vertidas (no vinculantes); se precisan las competencias de la *Autoridad Convocante* (a la cual erige como titular del poder decisorio relativo al objeto de la Audiencia y le asigna la función de convocarla por acto administrativo expreso, de presidirla —salvo que delegue esta facultad— y de determinar el lugar de realización teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el interés público comprometido); del *Área de Implementación* (dependiente de la Autoridad Convocante y responsable de la implementación y organización general) y del *Organismo Coordinador* (la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros y, en su caso, la Oficina

En algunos supuestos estas audiencias pueden ser previas a la resolución de una controversia específica; en otros, en cambio, el recaudo apare-

Anticorrupción del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, organismos que pueden participar a solicitud de la Autoridad Convocante, sin perjuicio de la función que les compete de asistir a ésta y al Área de Implementación en la organización de Audiencias Públicas específicas). Y en este mismo capítulo I el Reglamento también determina la *legitimación exigible para solicitar la realización de Audiencias Públicas y para participar en ellas*. Respecto de la solicitud prescribe que toda persona física o jurídica, pública o privada, puede peticionar la realización de una Audiencia Pública mediante presentación fundada ante la Autoridad Convocante, la cual, dentro de los treinta días, debe resolver por acto administrativo fundado y notificado fehacientemente. La participación en la Audiencia (realizable en forma personal o por representante y, de corresponder, con patrocinio letrado) es, a su vez, autorizada a toda persona física o jurídica (éstas deben actuar por medio de sus representantes acreditados por el instrumento legal correspondiente, debidamente certificado, admitiéndose un solo orador en su nombre) que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la Audiencia. En el capítulo II (*Etapa Preparatoria*) se consignan los *requisitos para participar*: inscripción previa en un Registro habilitado al efecto (dentro del plazo fijado, en forma libre y gratuita, a través de un formulario preestablecido y con las modalidades establecidas por el Área de Implementación, siendo obligación de los responsables del Registro certificar la inscripción, con número de orden, y la recepción de informes y documentos), presentación escrita de un informe (que refleje el contenido de la exposición) y, eventualmente, acompañamiento de toda otra documentación y/o propuestas vinculadas con el tema; se define el *carácter público* de la Audiencia (abierta al público en general y a los medios de comunicación); se regula detalladamente la *Convocatoria* (contenido y modo de publicación y difusión); se impone la *obligación de sustanciar un expediente* (el que debe acumular las constancias de todas las etapas de la Audiencia y estar siempre a disposición de los interesados para su consulta y, en su caso, fotocopiado a su cargo); se fijan el *orden de las exposiciones* (conforme a la inscripción en el Registro), el *tiempo de éstas* (no menos de cinco minutos, correspondiendo al Área de Implementación determinar el máximo y las excepciones correspondientes a los expertos convocados, a funcionarios que presenten el proyecto materia de decisión o autorizaciones conferidas por la Autoridad Convocante) y su eventual *unificación* (por decisión del Presidente de la Audiencia o a pedido de los participantes, cuando haya partes con intereses comunes); finalmente, se establecen el *contenido del orden del día*; las *condiciones del espacio físico* y el *obligatorio registro taquigráfico del procedimiento*. El capítulo III (Desarrollo) disciplina el *comienzo del acto* (a cargo del Presidente, quien debe realizar una relación sucinta de los hechos y el derecho a considerar y exponer los motivos y objetivos de la convocatoria); las *facultades y deberes del Presidente de la Audiencia*; las condiciones para ser *partes* en la Audiencia (los inscritos en el registro, únicos, además, habilitados para intervenir oralmente); la posibilidad de formular *preguntas por escrito* (asistentes sin inscripción previa autorizados por el Presidente, que debe resolver el modo de respuesta); la *entrega de documentos* (posible para las partes al hacer uso de la palabra, respecto de documentos e informes no agregados al momento de la inscripción); otras *intervenciones no previstas* (sólo aprobables por el Presidente); el *modo de desarrollo de la audiencia* (intervención de funcionarios correspondientes al área encar-

ce impuesto por la conveniencia de valorar, antes de la decisión o del dictado de un acto de alcance general, opiniones o intereses que pueden condicionar el contenido político administrativo de éste.

En cualquier caso, la audiencia revela un redimensionamiento de la significación de la vertiente dinámica de la función administrativa, en su relación con la importancia del acto en tanto manifestación estática de aquélla.<sup>209</sup>

gada o afectada por la materia a tratarse; partes; expertos; prórroga o interrupción de la Audiencia); *irrecorribilidad de las resoluciones dictadas durante el procedimiento y formalidades de la clausura* En el capítulo IV, se regula, por último, lo atinente a la Etapa Final contemplándose la elaboración de un *Informe Final* del Área de Implementación a la Autoridad Convocante (en el cual se deben describir sumariamente las intervenciones e incidencias de la Audiencia, si abrir juicio de valor; dar cuenta de la publicación y difusión de la realización de aquélla con el contenido que indica el reglamento); la posibilidad de la Autoridad Convocante de encargar *estudios especiales* vinculados con el tema de la Audiencia y la emisión de la *Resolución Final*, dentro de los treinta días de la recepción del Informe pertinente del Área de Implementación, en la cual la Autoridad Convocante debe fundar su decisión y explicar de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las rechaza.

<sup>208</sup> V. gr.: artículos 46, segundo párrafo, 47, 67, y 68, ley 24076, Gas, y 65/70 (acápite 9) de su reglamentación (decreto 1738/92); 46, 48, 73 y 74, ley 24065, Energía Eléctrica; artículo 30, inciso b), del decreto 1185/90.

<sup>209</sup> Cassagne sostiene que la exigencia de la audiencia pública configura sólo un principio institucional sujeto a reglamentación, cuyos fundamentos son los principios de publicidad, transparencia y eficacia que permiten justificar, según el caso, que ella se realice o no, poniendo en duda que su origen sea constitucional o supranacional, pues ni los artículos 42 y 43 de la Constitución, ni las fuentes del derecho supranacional de nuestra Constitución, sostiene, hacen alusión a ella (Cassagne, Juan C., “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *Procedimiento administrativo*, cit., nota 20, pp. 21-22). Gordillo, en cambio, le asigna un fundamento constitucional y supranacional indudable (Gordillo, Agustín A., *Tratado..., cit.*, nota 15, t. 2, 4a. ed., cap. XI). Aguilar Valdez, por su parte, considera que no es posible derivar la obligatoriedad de las audiencias públicas de lo dispuesto en el artículo 42 de la CN, cuando una norma legal o reglamentaria no la disponga en forma expresa o razonablemente implícita (Aguilar Valdez, Óscar; *El acto administrativo regulatorio en Acto administrativo y reglamento*, op. cit., p. 447). Destaca la importancia de la participación previa del particular en la formación del acto administrativo municipal Jorge Albertsen (ver, “La participación de los particulares en el procedimiento de formación del acto administrativo municipal”, en *Acto administrativo y reglamento*, op. cit., pp. 417 y ss). Sobre el tema de las audiencias públicas, se puede ampliar con: Usenglhi, Alejandro, *Audiencias públicas*; Huici, Héctor, *El documento de consulta como una forma especial de la Audiencia Pública*; Fonrouge, Máximo, *Las audiencias públicas*, en *Procedimiento administrativo*, cit., nota 23, pp. 295 y ss.; 305 y ss.; 312 y ss., respectivamente. Por su parte, la CNCAF se ha expedido de la siguiente forma: a) La Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación no podía decidir la prórroga del periodo de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico nacional e internacional sin la adecuada realización de una audiencia o a través de otro mecanismo

El componente judicialista y garantístico del “debido proceso adjetivo” en sede administrativa, se complementa, así, con los aspectos colaborativos y participativos del procedimiento, pues éste no sólo es medio de defensa del particular y, en todo caso, de autocontrol administrativo<sup>210</sup> sino también instrumento de colaboración y participación de interesados.<sup>211</sup>

que permitiera el conocimiento por parte de aquéllos de los antecedentes fácticos y documentación relativos a la resolución que debía adoptarse y el ofrecimiento y la producción de la prueba que estimaren pertinente (Sala IV, 23/6/98, “Youssefian”, LL 1998-D, 712); b) Procede confirmar la sentencia que ordenó a la accionada abstenerse de efectuar cualquier tipo de modificación en la estructura tarifaria del servicio básico telefónico básico, hasta tanto no se concretara la propuesta de rebalanceo tarifario por parte de la Secretaría de Comunicaciones conforme lo dispone el artículo 3 de la Res. 381/95 del Ministerio de Economía y no se realizará la audiencia pública prevista en esa norma (Sala III, 19/9/96, “Adelco Liga de Acción del Consumidor”); c) Es insoslayable la necesaria participación de consumidores y usuarios con carácter previo a la toma de decisiones (en el caso, la prórroga de la exclusividad de las licencias del Servicio Básico Telefónico), siendo el instituto de la audiencia pública uno de los medios a través de los cuales podría tener lugar dicha participación (Sala IV, 23/2/99, “Unión de Usuarios y Consumidores”); d) La falta de convocatoria a una audiencia pública invalida la resolución que aprueba el régimen tarifario del servicio de información telefónico 110, ya que dicho procedimiento no constituye una actividad administrativa puramente discrecional sino que debe compatibilizarse con el respeto al derecho de los usuarios consagrado en el artículo 42 de la CN, de tomar conocimiento de los antecedentes fácticos y jurídicos que hacen a la resolución a adoptarse y a ofrecer y producir prueba (Sala V, 30/8/00, “Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires”). La PTN, por su lado, ha dicho que es nulo el acto dictado sin la audiencia pública exigida normativamente como trámite previo al otorgamiento de ciertas concesiones o autorizaciones, ya que con ese accionar se omite el cumplimiento de una formalidad que integra el ámbito conceptual de los “procedimientos” enunciados en el artículo 7o., inciso d) de la L.P.A., como un requisito esencial de todo acto administrativo. El acto dictado sin haber cumplido con ese procedimiento se halla afectado de nulidad absoluta e insanable (artículo 14, inciso b), por haberse emitido en violación de las “formas esenciales” (Dictámenes: 201:131). Este dictamen cobra singular relevancia ante los procedimientos de audiencias públicas actualmente establecidos en los marcos regulatorios de los servicios públicos privatizados; La garantía de defensa constituye un principio cuyo ámbito de aplicación trasciende el marco del proceso judicial (artículo 1, inciso f), y el requisito de audiencia previa resulta de observancia tan general como lo es el principio de defensa que le sirve de sustento.

<sup>210</sup> Sobre los principios generales del procedimiento administrativo y, en particular, el sentido tuitivo del “debido procedimiento previo a todo acto administrativo”, ver, Comadira, Julio R., *Procedimientos administrativos...*, cit., nota 23, comentario artículo 1o., pp. 48 y ss., especialmente 62-64.

<sup>211</sup> En un estudio referido al derecho norteamericano, Juan José Lavilla Rubira señala como fundamento *material* del principio de participación pública en el procedimiento reglamentario, a la mejora de la calidad de la norma, la protección de los intereses particulares potencialmente afectados y la legitimación democrática de aquélla (Lavilla Rubira,

En la misma línea axiológica cabe ubicar la exigencia de publicación de los proyectos de reglamentos o de sus bases, antes del dictado de ellos.<sup>212</sup>

Juan J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en Estados Unidos*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 98 y ss). En relación con la participación ciudadana en el procedimiento administrativo Schmidt Abmann ha señalado que no necesariamente la coparticipación de los afectados otorga al procedimiento un carácter democrático superior (Schmidt Abmann, E., “El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de derecho y el principio democrático”, *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 334). Desde el punto de vista jurídico, indica Lavilla Rubira, prevalece en Estados Unidos la tesis de que el derecho de los potenciales afectados por una norma reglamentaria, a participar en el procedimiento de su elaboración, no posee rango constitucional, de modo que, en principio, y salvo ciertas excepciones, el reconocimiento y el contenido de ese derecho, son cuestiones deferidas al legislador (Lavilla Rubira, Juan J., *La participación..., cit.*, *supra*, pp. 110 y ss.)

<sup>212</sup> El ya referido decreto 1172/03 aprobó como Anexo “E” el “Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas” cuyo objeto es, según él mismo consigna, regular el mecanismo de “Elaboración Participativa de Normas” y establecer el marco general para su desenvolvimiento. Así, a lo largo de tres capítulos prevé las *Disposiciones Generales* (capítulo I); la *Etapa Inicial* (capítulo II) y la *Etapa Final* (capítulo III). En el capítulo I fija el ámbito de aplicación (organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional); describe la “Elaboración Participativa de Normas” como mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo nacional al Congreso de la Nación; fija su *finalidad* (permitir y promover una efectiva participación ciudadana en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley a ser presentados por el Poder Ejecutivo al Congreso); enuncia los *principios* que se deben garantizar (igualdad, publicidad, informalidad y gratuitad); determina los *efectos* no vinculantes de las opiniones y propuestas que se presenten durante el proceso; precisa las competencias de la *Autoridad Responsable* (considera tal área a cargo de la elaboración de la norma, a cuya máxima autoridad confiere la dirección del procedimiento, salvo que delegue tal atribución) y del *Organismo Coordinador* (la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros y, en casos relacionados con su competencia, la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción, organismos, éstos, a quienes la Autoridad Responsable puede solicitar su participación si lo considera oportuno, sin perjuicio de la competencia que les corresponde para asistir técnicamente a la Autoridad Responsable en el procedimiento respectivo). En este mismo capítulo la norma habilita como participantes en el procedimiento a toda persona, física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse. En el capítulo II (*Etapa Inicial*) se regula el *inicio del procedimiento* (a cargo de la Autoridad Responsable, mediante acto administrativo expreso); se determina *quiénes pueden solicitar la realización del procedimiento* (toda persona física o jurídica, pública o privada mediante presentación fundada ante la Autoridad Responsable, la cual debe expedirse, dentro del plazo de treinta días, mediante acto administrativo fundado y notificado fehacientemente; se establecen *el contenido del acto de*

No me parece dudoso que la tradicional y criticable jurisprudencia de la Corte relativa a la *subsanación* judicial de la omisión del debido procedimiento administrativo, no podrá tener aplicación en estos casos.<sup>213</sup>

De todos modos, en las reglamentaciones de los procedimientos correspondientes a estas audiencias debería tenerse presente la advertencia de Martínez López Muñiz,<sup>214</sup> quien, después de recordar el vaticinio de López Rodó acerca del futuro de una administración de participación, señala la necesidad de evitar la sumisión de la acción administrativa a grupos o sectores más eficaces para la presión o la acción representativa y negocial.

De todos modos las audiencias públicas de nada sirven, si la autoridad competente para resolver no valora adecuadamente las opiniones en ellas expuestas, explicando, en su caso, por qué no las toma en cuenta. Es ésta una exigencia que sí aparece, ahora, en el Reglamento de Audiencias Públicas aprobado como anexo I por el ya citado Decreto 1172/03.

*apertura y su modo de publicación y difusión; se impone la obligación de sustanciar un expediente* (iniciado con el acto de apertura del procedimiento, conformado por las copias de su publicación, las opiniones y propuestas recibidas y las constancias de cada una de las etapas y puesto siempre a disposición de los interesados para consulta y fotocopiado a su cargo); se fija también la obligación de la Autoridad Responsable de habilitar un *Registro* (para la incorporación de las opiniones y propuestas, que se deben realizar por escrito, libre y gratuitamente, a través del formulario preestablecido y en el lugar determinado en el acto de apertura, debiendo los responsables del Registro certificar la recepción de las opiniones y/o propuestas que reciban); se establece el plazo de las presentaciones (no inferior a quince días a partir de la apertura del procedimiento); se impone a la Autoridad Responsable el deber de habilitar una casilla de correo electrónico y una dirección postal para recibir *Comentarios Informales*, que se deben publicar y no se agregan al expediente; finalmente, la Autoridad Responsable es facultada para encargar la realización de *estudios especiales o rondas de consultas* relacionadas con la norma motivo del procedimiento, con el fin de generar información útil para la toma de la decisión. En el capítulo III (*Etapa Final*) el reglamento prevé la obligación de la Autoridad Responsable de dejar constancia en el expediente de la cantidad de opiniones y propuestas recibidas y de cuáles considera pertinentes incorporar a la norma a dictarse, debiendo expedirse únicamente sobre las presentaciones agregadas a aquél; exige, asimismo, dejar constancia en los fundamentos de la norma de la realización del procedimiento, de los aportes recibidos y de las modificaciones incorporadas a causa de éste e impone a la Autoridad Responsable la obligación de la publicación de la norma en el Boletín Oficial por un día y su incorporación a la página de Internet de dicha autoridad.

<sup>213</sup> Véase, Comadira, Julio R., *Procedimientos administrativos...*, cit., nota 23, comentario al artículo 10., pp. 62 y ss.

<sup>214</sup> Martínez López Muñiz, José L., *Introducción al derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 107.

## XVIII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión y síntesis de todo lo hasta aquí expuesto, puedo señalar:

1. El servicio público es un título jurídico, en sí mismo exorbitante, invocado por el Estado para dar satisfacción o, en su caso, asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común, mediante alguna de las siguientes actitudes: a) la asunción de la titularidad (*publicatio*) de ciertas competencias prestacionales, con el propósito de ejercerlas en forma directa o indirecta; b), el desarrollo subsidiario de actividades prestacionales, en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas en sentido propio; c) el ejercicio del poder de policía sobre ciertas actividades privadas prestacionales.

2. La regulación es un modo de intervención del Estado en la economía que procura rectificar los *fallos* o *errores* de éste y lograr la justicia y la eficiencia en los aspectos en la distribución del ingreso y la asignación de los recursos, mediante la *interferencia pública* en las opciones abiertas a los sujetos económicos. La regulación así concebida, comprendería, como especies, a la regulación *social* o de solidaridad, a la regulación de *control* y a la regulación de *fomento*.

3. En ese esquema, en Argentina la experiencia regulatoria de los servicios públicos, sólo es posible encontrarla, al menos en el sentido asignado a ese concepto, a partir de la década de 1990, durante la cual se concretan las privatizaciones de los servicios públicos.

4. El principio en la Constitución Nacional de 1853-1860 era la titularidad privada de la actividad comercial e industrial mientras la titularidad pública era, en cambio, la excepción, sólo justificada por exigencias del interés público.

5. No obstante, el Estado asumió la decisión de titularizar actividades en las que consideraba comprometido el interés general, y, por cierto, el propio desarrollo del sistema capitalista, pero las concedió a los privados. *Como se ve, el servicio público operó como título exorbitante para la exclusión de la titularidad privada de la actividad.* En este periodo no hubo regulación por control en el sentido antes explicado aunque, sí, regulaciones de *fomento* para proteger a ciertos sectores productivos.

6. Con la Constitución de 1949, dejada sin efecto en 1956, se decide la pertenencia originaria de los servicios públicos al Estado y la prohibición

terminante de su enajenación o concesión y las trasferencias a aquél de los que estuvieren en poder de los particulares, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley lo determinara. *El servicio público, otra vez, como título exorbitante; en este caso, para consagrar no sólo la titularidad pública de ellos, sino, incluso, para prohibir su enajenación o concesión.*

7. Al llegar a la década de 1990, *directa o indirectamente, el servicio público invocado, en su momento, como sustento para la nacionalización, gravitaba con ultraactividad como título para el monopolio empresarial estatal*. El control de la administración central sobre las empresas públicas era inexistente o inocuo. Tampoco en esta etapa aparece el concepto moderno de regulación.

8. A partir de 1989, con la llamada Ley de Reforma del Estado 23696, el país se enroló en la tendencia mundial a la transformación de las estructuras estatales. Las privatizaciones no siguieron un plan ordenado y no se cumplió con la secuencia: marco regulatorio, ente regulador, privatización.

9. Los marcos regulatorios tomados como base para el análisis, sancionados antes de la reforma constitucional de 1994, definen como servicios públicos al abastecimiento de agua y desagués cloacales; al transporte y distribución de energía eléctrica; al transporte y distribución de gas natural y a las telecomunicaciones, aun cuando éstas ya habían sido caracterizadas de ese modo por la legislación anterior.

10. La Constitución reformada contiene un sistema de servicios basado en las siguientes notas: a) la protección de los derechos de usuarios y consumidores, sin perjuicio del respeto de otros derechos también comprometidos; b) la instrumentación de un plexo de potestades de regulación y control orientado a la protección y respeto de tales derechos, con independencia de otras potestades dirigidas a la gestión del bien común.

11. En este último sentido, la reforma de 1994 hizo explícitos criterios de intervención estatal que hasta ese momento sólo resultaban de decisiones legislativas y pronunciamientos jurisprudenciales. A mi juicio, con la reforma se configuró un Estado garante del desarrollo humano, el crecimiento económico y la justicia social y, por ende, conformador de la realidad social a la luz de esos fines.

12. En el marco de la Constitución actual es posible concluir que el servicio público importa un título jurídico para la regulación y el control de las actividades que merezcan esa calificación, lo cual no supone, nece-

sariamente, la titularidad de la actividad, aun cuando ni ella ni la titularidad *impropia* se pueden descartar como alternativas excepcionales fundadas en los poderes inherentes al Estado garante y conformador diseñado por la Constitución.

13. Los objetivos enunciados en los marcos regulatorios se corresponden con los derivables de la Constitución. Sólo cabe agregar que los fines atribuidos a los entes deben ser cumplidos todos, de modo integrado y armónico, pues importaría una distorsión hermenéutica y, consiguientemente, funcional, pretender la primacía de unos sobre otros.

14. No es posible hablar de un marco jurídico unitario del servicio público, al menos a la luz de los criterios valorados: acceso a la actividad; duración de la habilitación; titularidad de la actividad; rescate y régimen de bienes.

15. De todos modos se puede indicar como dato común la obligatoriedad, en principio, de la prestación por el particular y la prestación garantizada por el Estado.

16. Los entes reguladores, que vienen a asegurar el logro de los objetivos regulatorios y el debido cumplimiento del régimen de regulación y control, parecen tener su inspiración en las comisiones o entes reguladores autónomos de Estados Unidos.

17. Si se toman en cuenta los entes reguladores correspondientes a los servicios enunciados se podrían indicar las siguientes características:

17.1. La mayoría de ellos han sido creados por ley del Congreso y uno por decreto. Esta diferencia responde a circunstancias políticas vinculadas con la eficiencia de la burocracia “privatizadora”.

17.2. Los entes tienen otorgada en forma expresa o implícita la personalidad jurídico pública propia de la autarquía.

17.3. En la totalidad los casos se prevé una asignación de recursos y la facultad de proyectar su presupuesto. El modo de financiación de algunos entes—Enargas, ENRE, CNC— a través de tasas que administra el ministerio de Economía potencia, sin embargo, la dependencia política y desnaturaliza la autarquía.

17.4. Las normas de creación sujetan a los entes en consideración, al régimen patrimonial, contable y financiero previsto por ellas mismas y sus respectivas reglamentaciones y al sistema de control establecido para el sector público.

17.5. El personal no directivo se rige por el derecho laboral, circunstancia que viola la garantía constitucional de la estabilidad *propia* reconocida a los agentes estatales, y afecta la profesionalización exigible de éstos, especialmente en un órgano de esta índole.

17.6. En todos ellos concurre la atribución de facultades de regulación, de control o fiscalización, de asesoramiento y también de las denominadas jurisdiccionales con alcances variables.

17.7. Las normas incluyen cláusulas que, formalmente, pueden contribuir a la idoneidad técnica de sus cuadros y a la independencia funcional del organismo. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las *metas* diarias de la política.

18. Si bien la Constitución reformada no exige que los consumidores, usuarios y provincias interesadas tengan representación en los órganos *directivos* de los entes, sí requiere, al menos, su integración al organismo. Cabe consignar que el Decreto 1172/03 ha aprobado en fecha relativamente reciente un Reglamento para la celebración de reuniones abiertas de los directorios de los Entes Reguladores.

19. Desde el plano estrictamente legal la creación de los entes le corresponde, en la actualidad al Congreso, lo cual no ha obstado a que ello se haya realizado, en algún caso, por vía de los decretos de necesidad y urgencia.

20. En el nivel infraconstitucional el control administrativo por medio del recurso de alzada es amplio cuando el ente lo crea el Poder Ejecutivo (legalidad y oportunidad), mientras que, en cambio, es restringido si la creación fue dispuesta por el Congreso, salvo que la ley autorice el control amplio.

21. Aun cuando hoy prevalecen criterios amplios para determinar el alcance de la competencia de los órganos y entes estatales y, a su vez, las normas que rigen a los entes reguladores conceden a éstos potestades de diversa índole para hacer todo lo necesario para el cumplimiento de sus objetivos o funciones, se impone, precisamente en razón de esa amplitud competencial, una interpretación cuidadosa pues no todo lo necesario es legítimo.

22. Las facultades delegadas por el Congreso a los entes previamente a la reforma constitucional y las que se deleguen en el futuro deben ser evaluadas a la luz de la actual redacción de la carta magna.

23. Los entes reguladores ejercen actividad jurisdiccional en los términos definidos por la Corte Suprema. Ésta, sin embargo, le ha desconocido al Enargas las garantías de neutralidad e independencia propias de un Tribunal Administrativo.

24. Los regímenes en estudio regulan la realización de audiencias públicas, como requisito obligatorio o discrecional previo a la adopción de ciertas decisiones de los entes. El Reglamento de Audiencias Públicas aprobado por el citado Decreto 1172/03, puede contribuir a la utilidad de éstas en tanto impone a quien toma la decisión la obligación de fundarla y de explicar de qué manera ha tomado en cuenta las explicaciones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las rechaza.