



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

“FUNCIÓN DE LOS ENTES REGULADORES SOBRE LOS SERVICIOS PUBLICOS ESENCIALES”

FACUNDO MELO

Título a obtener: ABOGADO

Tutor: EDUARDO GRASSETTI

FACULTAD DE DERECHO

AGOSTO 2006

INDICE

<u>I.- INTRODUCCIÓN</u>	5
<u>II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA</u>	8
a).- PRIVATIZACIÓN	
b).- QUE ES UN ENTE REGULADOR DE SERVICIOS PUBLICOS	
c).- CREACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES	
d).- ORGANO COMPETENTE PARA SU CREACIÓN	
e).- AMBITO DE COMPETENCIA	
<u>III.- MONOPOLIO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO</u>	25
a).- MONOPOLIO NATURAL	
b).- MONOPOLIO LEGAL	
c).- BENEFICIOS DEL SISTEMA - ECONOMICIDAD	
d).- INCONVENIENTES QUE PLANTEA LA TEMATICA	
<u>IV.- SERVICIO PÚBLICO</u>	31
a).- DEFINICIÓN	
b).- CARACTERES	
c).- FORMAS DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PUBLICO	
c.1).- SU PRESTACIÓN POR EL ESTADO	
c.2).- SU PRESTACIÓN POR PARTICULARES	
d).- CONCESIONES Y LICENCIAS	
<u>V.- REGULACIÓN</u>	43
a).- CONCEPTO DE REGULACIÓN	
b).- CASOS DE LOS EEUU	
c).- MODELOS REGULATORIOS	
c.1).- MODELO DE CONTROL POR MEDIOS	
c.2).- MODELO DE CONTROL POR RESULTADO	

<u>VI.- AUTARQUIA DE LOS ENTES REGULADORES</u>	47
a).- IDONEIDAD TECNICA	
b).- INDEPENDENCIA FUNCIONAL	
c).- AUTARQUIA FINANCIERA	
<u>VII.- FACULTADES DE LOS ENTES REGULADORES</u>	53
a).- FACULTAD REGLAMENTARIA	
b).- FACULTAD FISCALIZADORA	
c).- FACULTAD JURISDICCIONAL	
d).- COMPETENCIA DE LOS ENTES REGULADORES	
<u>VIII.- TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES</u>	69
a).- ANALISIS DEL ARTICULO 42 DE LA CONSTITUCION NACIONAL	
b).- PARTICIPACIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES	
c).- SISTEMAS DE ATENCIÓN DE LOS RECLAMOS DE LOS USUARIOS	
d).- AUDIENCIA PUBLICA	
<u>IX.- TARIFAS</u>	86
a).- PRINCIPIO TARIFARIO	
b).- ASPECTOS GENERALES DE LA TARIFA	
c).- SISTEMAS TARIFARIOS	
<u>X.- CONTROLES SOBRE LOS ENTES REGULADORES</u>	99
a).- CONTROLES POR CASO	
a.1).- ALZADA	
a.2).- JUDICIAL	
b).- CUESTIONES GENERICAS	
b.1).- AUDITORIA GENERAL DE LA NACION	
b. 2).- SINDICATURA GENERAL DE LA NACION	
b.3).- DEFENSOR DEL PUEBLO	
b.4).- CONTROL JUDICIAL	

c).- FISCALIA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

d).- OFICINA ANTICORRUPCIÓN

XI.- CONCLUSION Y PROPUESTA 121

XII.- BIBLIOGRAFÍA 123

I.- INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como propósito analizar el aspecto jurídico de los servicios públicos regulados cuya prestación es imprescindible para la sociedad.

Esta necesidad de utilizar los servicios públicos por parte de la población, es la que despierta en el Estado el interés de regularlo de manera desigual al de otras actividades ya que se encuentra comprometido el bienestar general.

A partir de aquí, es donde los Entes Reguladores son creados para cumplir con sus objetivos y facultades, entre las cuales se encuentran las facultades reglamentarias, las facultades fiscalizadoras y las facultades jurisdiccionales, exigiendo de esta manera a las Licenciatarias una prestación eficiente y eficaz del servicio regulado.

Nos detenemos aquí en el artículo 42 de la Constitución Nacional, donde la norma de mayor jerarquía resguarda rigurosamente los derechos de los Consumidores llamados también de tercera generación, en su relación con diferentes temas como la salud, la seguridad, el consumo, etc.

Es necesario instaurar los mecanismos y procedimientos apropiados para que los derechos tutelados en la Carta Magna sean respetados y cumplidos en su totalidad. Es labor de este trabajo verificar si el precepto constitucional se cumple en todos sus sentidos o se encuentra algún vacío pasible de modificación.

El artículo 42 de la Constitución Nacional establece textualmente: *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho. En la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.*

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

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.”

Por el momento son los Entes Reguladores los encargados de fiscalizar y regular el servicio público sobre el cual son competentes, pero su idoneidad técnica, su independencia funcional y su autarquía financiera no los exime de los controles internos de la propia administración o de los controles externos que sobre ellos se ejercen, como puede ser el perpetrado por el Poder Judicial. Asimismo, la Auditoría General de la Nación, la Sindicatura General de la Nación, el Defensor del Pueblo de la Nación controlan la tarea que desarrollan los Entes Reguladores, verificando así, la manera en la cual estos servicios indispensables son prestados a quien está en condiciones de recibirlo.

No solo se tiene como objetivo analizar la actividad de los Entes Reguladores y los controles que sobre estos se ejercen, sino también verificar la defensa práctica y efectiva de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en los derechos que reconoce la Constitución hacia sus representados, por lo que es necesario plantearse algunos interrogantes: ¿Participan las Asociaciones de Consumidores y Usuarios activamente en la resolución de controversias? ¿Comprueban los resultados alcanzados?

La idea es contribuir con elementos para que su participación redunde en provecho y no en perjuicio, para que el Consumidor sea el protegido y no el vulnerado, para que la actividad de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios plasmada en la Constitución Nacional sea con el fin de aportar instrumentos y mecanismos para hacer valer todos los derechos que la Norma Fundamental en su artículo 42 alude y que muchas veces no son cumplidos, respetados, ni protegidos.

El fin es dar a conocer la función de los Entes Reguladores y todos los sujetos que se encuentran a su alrededor, elaborando una crítica productiva de la participación práctica que tiene las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, logrando de esta manera una superior eficiencia en su actividad y llegar a un objetivo necesario como es una prestación eficiente, segura y económica para que se respeten los derechos establecidos en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

II.- EVOLUCION HISTORICA

Para analizar el proceso de privatización de los Servicios Públicos esenciales, hay que encauzar el tema para una mejor visión, desde el año 1989 donde se da la reforma del Estado y la privatización de los Servicios Públicos.

En ese entonces, la prestación se concebía de manera diferente a la acontecida con anterioridad a la privatización.

Hacia fines de la década del 80 se adviene un Estado como titular y prestador de los servicios públicos regulados bajo distintas modalidades jurídicas, en algunos casos como empresas del Estado, en otras como sociedades anónimas con mayoritaria participación estatal, etc.

Con la sanción de la ley N° 23.696 de emergencia administrativa se abrió la posibilidad de privatizar los servicios públicos por lo que el proceso nacional en manos estatales finiquitaba.

Con la privatización emergen los Organismos de Control de los servicios públicos esenciales con sus respectivos Marcos Regulatorios¹, pero no se produce aquí el nacimiento de estos organismos de control ya que muchos de ellos existían con anterioridad, como ejemplo puede citarse la Dirección General de Correos y la Dirección General de Ferrocarriles a los que puede considerarse como los primitivos Entes Reguladores en nuestro país, instituidos en 1875 y 1891 respectivamente, también se pueden mencionar la Juntan Nacional de Carnes (JNC), por otra parte la actividad bancaria y el seguro también tenía con anterioridad a la sanción de la Ley 23.696 su regulación a través del BCRA como entidad autárquica reguladora de la actividad bancaria y la Superintendencia de Seguros de la Nación (S.S.N.)

¹Ley 24.076, Marco Regulatorio de la Industria del Gas; Ley 24.065, Marco Regulatorio para la Industria Eléctrica; Decreto N° 999/92, Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales

El análisis de estos organismos excede el propósito de este trabajo por lo que solo me remito en mencionarlos. En el año 1989 se gestaron los Entes Reguladores que se encuentran bajo estudio.

Cada uno de los Organismos de Control tiene su propio sistema de funcionamiento y su específica regulación sobre la materia, lo que acarrea que jurídicamente no todos tengan el mismo proceder. Es por ello, que se debe respetar y garantizar que en su conjunto actúen respetando un recto sentido de coherencia jurídica caso contrario se perturbaría gravemente la seguridad legal.

En cuanto al análisis que procura este trabajo, esto es, los Entes Reguladores de los servicios públicos esenciales, la doctrina concuerda mayoritariamente en que su creación fue tomada del modelo norteamericano a través de sus Comisiones Reguladoras Independientes formadas en el año 1870 donde reglamentaba el transporte ferroviario.

A partir de aquí, se da un desarrollo de estas Comisiones Especiales Independientes, teniendo su auge hacia el año 1930. Por lo que no se tomó el modelo Ingles como sostienen otros autores que si fue utilizado en materia tarifaria.

Resultaría muy complejo establecer los beneficios y detrimentos de los dos sistemas ya que tanto el de la diversidad de Entes según la prestación o especialidad y el de Ente único para todos los servicios públicos confieren beneficios y complejidades.

Una vez confirmada la tesis de que nosotros adoptamos el modelo independiente norteamericano, es dable aclarar que cada servicio posee su propio sistema pero en su conjunto todos deben respetar un marco jurídico que será exigido y aplicado para todos en común, respetando de esta manera una coherencia jurídica dentro de su actividad.

Es de este modo, como la regulación de los servicios públicos esenciales por medio de los Entes Reguladores nació en el año noventa con la reforma del Estado² tomando como modelo el sistema Norteamericano y es de esta manera como sé va estructurando hasta llegar a la actualidad

a).- PRIVATIZACION

Hacia la década del 90 llegamos con un Estado garante en la prestación de la mayoría de los servicios públicos entre los cuales se encuentran el Agua, el Gas y la Electricidad.

La privatización debe entenderse en el sentido más amplio de la palabra, representando no solo la transferencia de la prestación de los servicios públicos de parte del Estado hacia un particular, sino también debe incluirse dentro de este concepto la transferencia total o parcial no solo de su administración sino también de los bienes utilizados y necesarios para desarrollar el servicio.

Lo que se hizo en el caso de los servicios públicos y en la mayoría de las privatizaciones fue traspasar los activos que poseían las sociedades del Estado a las sociedades que estaban en condiciones de prestar el servicio recientemente constituidas.

Al momento que estas sociedades acogían el traspaso de los activos recibían también el permiso necesario para suministrar el servicio, que en este caso se utilizó la figura jurídica de la concesión o la licencia como se explicara en el punto IV.

²Ley N° 23.696, Ley de la Emergencia Administrativa

Son múltiples los factores que provocaron la privatización: el orden social reinante hacia fines de la década del ochenta, el aspecto económico y político que son determinantes al momento de decidir sobre el modo de llevar a cabo la privatización y reestructuración que ha de adoptarse y por supuesto la incapacidad empresarial del Estado para resolver los enormes inconvenientes de funcionamiento que poseían las empresas hasta ese momento publicas, la ineficiente expansión de redes y la costosa fijación de la tarifa entre otras cosas.

Todo esto se debió también, por que mientras las empresas encargadas de prestar el servicio esencial para la sociedad eran públicas, no eran susceptibles de una regulación estricta como están regidas en la actualidad, sino de simples medidas políticas llevadas a cabo por el gobierno de turno sobre producción, expansión, tarifa, etc. contribuyendo de esta manera a una mala gestión que se vio reflejada en la calidad del servicio.

Desde esta perspectiva, y para encoger la función del Estado en estas actividades fue que hacia fines de la década del 80 y principios de los años 90 se llevo a cabo el proceso de privatización como una política estatal que comprendía distintos aspectos.

De este modo se le otorgaron concesiones por un prolongado periodo a empresas privadas para la explotación del servicio donde eran concedidas por la autoridad pública que tenia competencia en esa situación.

La privatización conlleva innegablemente la creación de Organismos de Control, ya que la prestación de los servicios públicos esenciales por empresas privadas y en muchos casos internacionales redundo marcadamente en la sociedad, por lo que es de trascendental importancia fiscalizar y garantizar a la población la prestación del servicio en optimas condiciones de calidad y seguridad sin que sean perturbados sus derechos.

En muchos de los casos lo que se pretendía era bajar la calidad del servicio reduciendo costos y así lograr un acrecentamiento en la rentabilidad. Sobre esta cuestión los Entes Reguladores deben desplegar una importante labor para garantizar la prestación sin afectar los derechos de las partes.

Como dato estadístico para conocer en que circunstancias nos encontrábamos antes de la privatización cuando el servicio era prestado por el Estado y subsiguientemente a la privatización con el modelo actual, se puede decir que las obras para que el servicio llegue a un numero superior de Usuarios crecieron en un 40% de un periodo al otro, obteniendo una mejor prestación y menores inconvenientes, se redujeron los cortes y desde el punto de vista tributario el Estado consiguió rentabilidad positiva, situación que no se daba en el periodo anterior a la privatización donde el Estado arrojaba grande perdidas por responsabilizarse del servicio.

Las Prestadoras del servicio merecen obtener una rentabilidad por su actividad, pero una renta proporcionada con la calidad y la forma en que se presta el servicio a los Usuarios y Consumidores.

Si bien la prestación es consumada por empresas privadas, es el Estado quien continua siendo responsable del suministro de estos servicios esenciales como son el Agua, el Gas y la Electricidad hacia la población, por lo que su interés lo lleva a crear un conjunto de normas que reglamentan las actividades mencionadas.

Es de esta manera como en agosto de 1989 se sancionó la ley N° 23.696³ por la cual se declara el estado de emergencia administrativa, cuyo artículo 1⁴ se encarga de declarar en emergencia la prestación de los servicios públicos.

Es con esta ley que se promueve el inicio de la privatización de la actividad que hasta ese momento desarrollaba el Estado.

³Ley de la Emergencia Administrativa

⁴**Artículo 1:** “Declarase en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos...”

A raíz de esta emergencia se procedió a reformar el sistema que era muy insuficiente hasta entonces, que se prestaba en defectuosas condiciones y que económicamente no generaba rentabilidad pública por el endeudamiento que engendraba y que crecía día a día.

A partir de entonces queda facultado el Poder Ejecutivo para instituir la creación de las nuevas empresas que explotarían los servicios públicos, ya sea como establece la ley 19.550⁵, por escisión, fusión, extinción o convirtiendo bajo otra modalidad jurídica las existentes hasta ese momento.

Esta facultad del Poder Ejecutivo Nacional surge de la misma ley 23.696⁶ que lo autoriza a intervenir todo tipo de sociedad cualquiera sea el modelo jurídico adoptado y cuya propiedad incumba al Estado Nacional.

⁵**Ley de Sociedades, Artículo 74:** “Hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos. No se disuelve la sociedad ni se alteran sus derechos y obligaciones”

Artículo 82: “Hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas”

Artículo 88: “Hay escisión cuando:

I: Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad;

II: Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas;

III: Una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades”

⁶**Ley de la Emergencia Administrativa, Artículo 7:** “Facultase al Poder Ejecutivo Nacional para disponer por acto fundado la creación de nuevas empresas sobre la base de la escisión, fusión, extinción o transformación de las existentes, reorganizando, redistribuyendo y reestructurando cometidos, organización y funciones u objetos sociales de las empresas y sociedades indicadas en el artículo 2,

En conclusión: Es el Poder Ejecutivo quien tiene la facultad para transferir la titularidad, constituir sociedades mediante cualquiera de las formas jurídicas establecidas en la ley de sociedades⁷, negociar la modificación de contratos estableciendo sus perfeccionamientos o ajustes siempre que resulte en beneficio de la privatización, otorgar permisos, licencias o concesiones para la explotación de los servicios públicos, estableciendo el tipo de servicio a prestar, el plazo por el cual se cede, las inversiones a efectuar, ya que es inevitable para una mejor prestación del servicio, el ámbito donde tendrá jurisdicción la empresa privatizada, las obligaciones que se acuerden como la calidad y extensión del servicio, etc.

Una vez iniciada la privatización, se declara el servicio como “sujeta a privatización” por medio del ministro que tenga jurisdicción en el lugar donde se halle la empresa a privatizar, realizando la declaración de oficio o por instrucción del Poder Ejecutivo Nacional.

Una vez que se declara por medio de la ley, la sociedad que se encontrará sujeta a privatización, el Ministro competente emprenderá la privatización del modo más expeditivo posible, cumpliendo acabadamente de esta manera con los principios administrativos que establece la ley N° 19.549⁸ de celeridad, economía, sencillez y eficacia.

efectuando en su caso las correspondientes adecuaciones presupuestarias, sin alterar los montos máximos autorizados, y sin comprometer avales y/o garantías oficiales”

⁷Ley 19.550

La privatización puede perpetrarse mediante distintos mecanismos, puede ser un procedimiento de privatización total o un procedimiento de privatización parcial, teniendo preferencia como principio general la venta o liquidación total de la empresa cuya titularidad y propiedad pertenezca al Estado. Pero es menester aclarar que según lo establece la ley N° 23.696⁹ es indispensable que antes del proceso de privatización estas empresas se encuentren dentro de las que fueron declaradas como sujetas a privatización.

En el caso de los Servicios Públicos (ley 23.696¹⁰) la modalidad consistió en la venta o locación de los activos y los establecimientos de la empresa sujeta a privatización con opción o sin opción de compra, mediante la figura de la concesión o licencia. De esta manera se confirió el permiso para que se preste el servicio respetando las condiciones pactadas entre las partes.

Mediante las distintas modalidades jurídicas permitidas, los capitales privados que tenían interés formularon ofertas que fueron evaluadas teniendo en cuenta no solo el aspecto económico, sino también todos aquellos aspectos que resulten en un mejor beneficio para el interés público. En este sentido el proponente debió acreditar aptitudes en la materia, ya sea un respaldo y/o solvencia patrimonial, como así también idoneidad técnica en la materia ya que es elemental para una apropiada prestación del servicio.

⁸Ley de procedimiento administrativo

⁹**Ley de la Emergencia Administrativa, Artículo 8:** *“Para proceder a la privatización total o parcial o a la liquidación de empresas sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional, incluyendo las empresas emisoras de radiodifusión y canales de televisión es requisito previo que hayan sido declaradas “sujeta a privatización” de acuerdo a las previsiones de esta ley”*

¹⁰**Artículo 17:** *“Las privatizaciones reguladas por esa ley podrán materializarse por alguna de las modalidades que a continuación se señalan o por combinaciones entre ellas, sin que esta numeración pueda considerarse taxativa:*

- 1) *Venta de los activos de las empresas, como unidad o en forma separada.*
- 2) *Venta de acciones, cuotas partes del capital social o, en su caso, de establecimientos o haciendas productivas en funcionamiento.*
- 3) *Locación con o sin opción de compra, por un plazo determinado, estableciéndose previamente el valor del precio de su venta.*
- 4) *Administración con o sin opción de compra por un plazo determinado estableciéndose previamente el valor del precio de su venta.*

A modo de citar un ejemplo y para una mejor visión, la ley que declaró sujeto a privatización a Gas del Estado Sociedad del Estado fue la N° 24.076¹¹.

Con las privatizaciones se forjó fortalecer el control de los servicios públicos esenciales y para esto se llevó a cabo la creación de los Entes Reguladores específicos de cada servicio, intentando regular de manera estricta el servicio público en un marco de coherencia jurídica y todo ello pretendiendo respetar el artículo 42 de la norma fundamental.

Las privatizaciones eran inevitables por la situación que se estaba atravesando, por que la gestión pública era insuficiente, por que la prestación no era placentera. Al privatizar empresas públicas ingresó al Estado sumas de dinero importantes, recaudación impositiva, etc. de esta manera la reforma del Estado por medio de la privatización era inexcusable y no se podía hacer esperar.

b).- QUE ES UN ENTE REGULADOR DE SERVICIOS PUBLICOS

Un Ente Regulador es un organismo creado por ley con independencia funcional que regula la prestación de una actividad caracterizada como servicio público.

El ENARGAS y el ENRE desde mi punto de vista son el arquetipo de lo que se considera como Ente Regulador, por su creación, por sus facultades, por su naturaleza jurídica, etc. es por ello que me voy a remitir a lo largo de este trabajo asiduamente a sus pertinentes Marcos Regulatorios.

Enfocado los Entes Reguladores desde el punto de vista jurídico, su formación está caracterizada como entidades autárquicas, entendiendo por tal, a los organismos públicos descentralizados del Estado central pero que forman parte de la administración misma.

5) *Concesión, licencia o permiso*”

¹¹Marco Regulatorio de la Industria del Gas

Si lo analizamos desde esta perspectiva, autarquía no es sinónimo de independencia ni se asimilan cada uno de los términos, sino que una de las características de las entidades autárquicas es que se encuentran ligadas en algún grado con la administración, como suele ser el control de tutela que se efectiviza con el recurso de alzada.

c).- CREACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES

Cuando un órgano creado por ley como es el caso del ENARGAS¹² del ENRE¹³ y del ETOOS¹⁴ regula una actividad caracterizada como servicio público, encuadra en el concepto de Ente Regulador.

Constitucionalmente la creación de los Entes Reguladores no está establecida expresamente a ninguno de los tres poderes del Estado, es por este motivo que su creación debe interpretarse de los artículos 75 o 99 de la norma superior donde se establece las atribuciones del Congreso de la Nación y las atribuciones del Poder Ejecutivo respectivamente.

Cuando el legislador pretendió que sea el Congreso de la Nación el que legisle sobre un asunto lo dejó formalmente establecido como sucede en los artículos 3, 15, 21, etc. de la Constitución Nacional.

Pero en cuanto a la creación de los Entes Reguladores, su instauración no fue adjudicada o impuesta expresamente a ningún poder del Estado, por lo que las discusiones sobre el tema hallan posiciones fundadas en ambos casos.

¹²**Ley 24.076, Artículo 50:** “*Crease en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el Artículo 2º de esta Ley. A los efectos de una adecuada descentralización del mismo, en cada área de distribución deberá preverse una estructura mínima pero suficiente para tratar la relación entre las empresas distribuidoras y los usuarios de dicha área. Dicha delegación del ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS se constituirá con la participación de representantes de las provincias que correspondan al área en cuestión*”

¹³**Ley 24.065, Artículo 54:** “*Créase en el ámbito de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, el que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2º de esta ley. El Ente Nacional Regulador de la Electricidad deberá estar constituido y en condiciones de cumplir sus funciones dentro de los sesenta (60) días de la puesta en vigencia de la presente ley...*”

En el año 1999 se sancionó la Ley 25.148¹⁵ que ratificó toda la legislación delegada anterior a la reforma constitucional del año 1994¹⁶, pero no se circunscribió en ese sentido sino que también interpretó lo que debe juzgarse por materias determinadas de administración¹⁷ como menciona el artículo 99 de la Constitución.

En este sentido y siguiendo con los lineamientos expuestos, distinguió la potestad del Presidente de la República con respecto a la administración general que ostenta, de la administración especial que goza el Congreso.

Si bien el Presidente tiene la administración general del país, no queda todo a su cargo, ya que tiene algunas restricciones en materia de administración.

Tal es así, que el Congreso de la Nación como otro poder del Estado tiene facultades privativas de administración previstas expresamente, entre las cuales se encuentran la de crear entidades bajo la figura jurídica de autarquía, por ejemplo bancos y universidades, y entre las cuales se debe incluir los organismos de regulación de los servicios públicos esenciales.

¹⁴Ley 23.696, Anexo III, Decreto 999/92

¹⁵Ratificase 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

¹⁶**Ley 25.148, Artículo 3:** “Apruébase la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994”

¹⁷**Ley 25.148, Artículo 2:** “A los efectos de esta ley, se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con:

a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le competa al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización;

b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno;

c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios;

d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal;

e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación;

f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país”

En este orden de las cosas y resguardando un régimen de coherencia jurídica, el artículo 2° de la Ley 25.148 establece que sobre materias especiales de administración como lo relativo a la legislación de servicios públicos son facultades del Congreso y por ende este último el encargado de delegarlo.

En este sentido los Entes Reguladores de servicios públicos se encuentran bajo la esfera de creación del Congreso de la Nación y no del Poder Ejecutivo con la excepción de una delegación expresa.

Para cumplir con los objetivos establecidos en los distintos Marcos Regulatorios que declararon los servicios públicos sujetos a privatización se crearon los Entes Reguladores¹⁸ inspirado en el modelo de EEUU donde había Comisiones Autónomas Independientes encargadas de resguardar los derechos de los particulares frente a los abusos que las empresas privadas podían cometer.

En el caso de Argentina los Organismos de Control que regulan la actividad de empresas encargadas de prestar servicios esenciales para la sociedad fueron creados de la siguiente manera:

El ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas) fue creado por la ley N° 24.076¹⁹ y por el decreto N° 1738/92 y sus modificaciones, el anexo I contiene la reglamentación de la Ley N° 24.076, siendo una entidad autárquica con plena capacidad jurídica para actuar tanto en el derecho público como privado²⁰.

¹⁸Cincunegui, Juan B., Entes Reguladores de Servicios Públicos, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, nro. 188, pág. 11

¹⁹Marco Regulatorio de la Industria del Gas

²⁰**Ley 24.076, Artículo 51:** *“El ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS gozará de autarquía y poseerá plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado y su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran y los que adquiriera en el futuro por cualquier título”*

El ENRE (Ente Nacional Regulador de la Electricidad) fue creado por la ley N° 24.065²¹ y reglamentado por medio del decreto N° 1398/92 y decreto N° 186 del año 1995, a esto hay que añadirle una cantidad cuantiosa de resoluciones que regulan el procedimiento del servicio eléctrico.

El ENRE es también una entidad autárquica con plena capacidad jurídica para intervenir tanto en el derecho público como privado²² creada en el ámbito de la secretaria de energía²³.

El ETOSS (Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios) fue creado por la ley N° 23.696²⁴ anexo III y reglamentado por medio del decreto N° 999/92²⁵ que lo ha considerado también como entidad autárquica con capacidad jurídica de derecho público y privado²⁶.

Los tres Organismos de Control son entes autárquicos²⁷, creados mediante una ley formal por el órgano competente, teniendo todos la capacidad jurídica necesaria para actuar en el campo del derecho público y en el campo del derecho privado.

²¹Marco Regulatorio de la Industria de la Electricidad

²²**Ley 24.065, Artículo 55:** “El ente gozará de autarquía y tendrá plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado, y su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran y por los que adquiriera en el futuro por cualquier título. Tendrá su sede en la ciudad de Buenos Aires. El ente aprobará su estructura orgánica”

²³**Ley 24.065, Artículo 54:** “Créase en el ámbito de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, el que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2° de esta ley. El Ente Nacional Regulador de la Electricidad deberá estar constituido y en condiciones de cumplir sus funciones dentro de los sesenta (60) días de la puesta en vigencia de la presente ley”

²⁴Ley de la Emergencia Administrativa

²⁵Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales

²⁶**Decreto 999/92, Artículo 15:** “NATURALEZA JURIDICA. El Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios se constituye como entidad autárquica, con capacidad de derecho público y privado”

d).- ORGANO COMPETENTE PARA SU CREACIÓN

El artículo 42 de la Constitución Nacional establece “...*Las autoridades proveerán...al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos... La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, 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...*”

Si bien existen en la actualidad discusiones sobre el alcance que se le debe dar a la palabra “legislación” considero que la norma constitucional afirma sin lugar a dudas que el Marco Regulatorio de los servicios públicos, necesita ineludiblemente del dictado de una ley formal del Congreso de la Nación, ya que como todos sabemos el poder encargado de legislar es propiamente el Legislativo.

El legislador consideró que garantizar el uso y goce de los bienes y servicios considerados esenciales, se realizaba por medio de una ley formal y como no escapa al alcance de este trabajo, el dictado de las leyes formales es función del Poder Legislativo.

Es por lo descripto que para garantizar los derechos establecidos en la Constitución Nacional, el legislador debe emitir las leyes necesarias para fiscalizar, proporcionar, y garantizar una adecuada prestación del servicio público a la comunidad.

²⁷Cassagne, Juan C. Los nuevos entes regulatorios, E.D. 19-IX-1994

La posición contraria fundamenta su criterio indicando que el artículo 42 de la Constitución Nacional en ningún momento establece el término legislación en el sentido de ley formal del Congreso, sino que lo hace en referencia a la legislación imperante en todo el ordenamiento jurídico, considerando de esta manera no solo la ley formal dictada por el Congreso de la Nación, sino también a la facultad que tienen otros poderes del Estado para regular una situación determinada mediante el dictado de leyes en sentido material, es decir, reglamentos del Poder Ejecutivo y toda disposición emitida por otros órganos ajenos al Poder Legislativo.

Criticando la posición anterior sostienen que cuando la Constitución ha querido atribuir al Congreso de la Nación la legislación sobre un determinado tema lo ha establecido formalmente como sucede con las universidades o el Banco Central, y esto no sucede con la creación de los Entes Reguladores de servicios públicos.

En mi opinión, la creación de los Entes Reguladores requiere del dictado de una ley formal del Congreso de la Nación, ya que las facultades de los Organismos de Control van a variar según se opte por crearlos mediante el dictado de una ley o por un decreto.

Si el Poder Ejecutivo decide crear un Ente Regulador no puede delegar funciones que no posee y que no le son propias. De esta manera los Entes Reguladores creados por medio de una ley del Congreso de la Nación tendrán potestades más amplias que los creados por decreto y podrán cumplir con sus facultades acabadamente.

“...al sancionar la ley 24.076, publicada el 12 de junio de 1992, el Congreso reguló el transporte y distribución del gas natural declarando que constituían un servicio público nacional y fijando los objetivos de la política general los que serían ejecutados y controlados por el Ente Nacional Regulador del Gas, creado al efecto. El Congreso asumió la competencia federal para legislar al respecto [...] La reforma de 1994 incluyó otra norma –el art. 42, 3° párrafo- que ratificó lo dispuesto legislativamente, según el cual “la legislación establecerá [...] los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional²⁸...”.

e).- AMBITO DE COMPETENCIA

“...en el orden jurídico administrativo la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales. Ello a punto tal que la competencia no se configura como un límite externo a tal actuación, sino, antes bien, un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico²⁹”.

Es significativo dejar en claro que en la actividad desplegada por el Estado, no es aplicable el principio constitucional de reserva que reza: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíba”, es decir, que cuando al Estado nos referimos, el principio mencionado es cabalmente inverso, por lo que los organismos estatales o los Entes Reguladores en su caso, solo tienen facultad para hacer y actuar siempre que una norma legítima lo estipule, expresando también su alcance de aplicación.

²⁸Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, fallo del 30/03/1997, “Compañía General de Gas S.A. –RQU- c/ENARGAS resol. 103/94”

“... en contraposición a aquello que es propio, en general, de los sujetos privados, la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento lo autorice en forma expresa o razonablemente implícita, por ello frente al principio “debe entenderse permitido lo que no está prohibido” (postulado de la permisión) que domina la vida civil, es propio del régimen administrativo el apotegma “debe entenderse prohibido lo no permitido”³⁰”

Si los Entes Reguladores realizan su actividad fuera de la competencia estipulada por ley, su actuar es ilegítimo y por lo tanto su actuación es susceptible de ser declarada nula.

Hoy el criterio seguido es más amplio y flexible³¹ ya que la competencia de los Entes no nace solamente de lo que esta permitido expresamente sino que también implícitamente pueden tener otras competencias siempre que estas últimas guarden un grado de racionalidad y se correspondan con los sujetos de la ley y con el servicio público regulado.

²⁹Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 5, fallo del 28/06/2000, “Pasa S.A. –Incidente y otros c/Resolución 149/96 Enargas- (Exp. N° 1701/95)”

³⁰idem, cita N° 28

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 5, fallo del 02/08/1998, “Tandecarz, Juana Sara c/ Universidad de Buenos Aires (UBA)”

³¹Gordillo, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo, T. 1, 4° ed., Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo; 2000

III.- MONOPOLIO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

Los Entes Reguladores deben evitar la prestación en condiciones monopólicas o conductas que tiendan a esos fines ya que por principio general deben garantizar la libertad en la prestación.

Tanto el Marco Regulatorio de la Electricidad como el Marco Regulatorio del Gas establecen mandatos con el fin de evitar monopolios, conductas anticompetitivas o tratos discriminatorios hacia los sujetos de la ley³² para que la libertad de mercado y el libre comercio puedan ser ejercidos y no afectados.

Gordillo establece que "...la regla constitucional es la desregulación y la libre competencia, no el monopolio, el privilegio o la exclusividad. A partir del artículo 10 de la ley 23.696³³ y de las leyes de los Marcos Reguladores³⁴, y en especial del artículo 42 de la Constitución, toda norma que establece alguna restricción a la libre competencia es temporaria y con tendencia a la desregulación y desmonopolización plena, o sea hacia la plena competencia... además... tal restricción a la libre competencia solo puede tener fundamento y régimen legislativo expreso... No otro sentido cabe atribuir a la expresión "legislación" en el artículo 42 de la constitución..."

³²**Ley 24.076, Artículo 52, d:** *"El ENTE tendrá las siguientes funciones y facultades d) Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y consumidores y dictar las instrucciones necesarias a los transportistas y distribuidores para asegurar el suministro de los servicios no interrumpibles";*

Ley 24.065, Artículo 56, c: *"El ente tendrá las siguientes funciones y facultades: c) Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios"*

³³**Ley de la Emergencia Administrativa, Artículo 10:** *"El acto que declare "sujeta a privatización" puede referirse a cualesquiera de las formas de privatización, sea total o parcial, pudiendo comprender tanto a una empresa como a un establecimiento, bien o actividad determinada. Con el mismo régimen que el indicado en el artículo anterior, el decreto del Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer, cuando fuere necesario, la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias aún cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio"*

³⁴Ley 24.076, Marco Regulatorio de la Industria del Gas; Ley 24.065, Marco Regulatorio de la Electricidad; Decreto N° 999/92, Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable Y Desagües Cloacales

Para clarificar el tema es importante dar una definición clara con relación a lo que es un monopolio, en este sentido, el monopolio se presenta cuando la prestación es más económica y beneficiosa prestarla por un Concesionario que por varios ya que de lo contrario causaría un perjuicio para el Consumidor.

Existen actividades que son desarrolladas en una jurisdicción determinada ya que se encuentra limitada por la cantidad de demanda y esto conlleva que la explotación del servicio público por una sola empresa sea más económica que conferirlo con libertad de mercado.

Desde este punto de vista y como se presenta en el caso de los tres servicios públicos bajo análisis, si la demanda es muy amplia, puede generar que los costos más económico no se logre con la explotación por parte de una sola firma sino que se deberá contar como sucede en el Agua, el Gas, y la Electricidad con mas de una firma dividida por jurisdicción.

En el caso de los servicios públicos resulta necesario prestarlo en condiciones monopolicas por que es más beneficioso económicamente, tal es así, que tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen que seria prácticamente imposible prestarlo sin este privilegio.

Los Entes Reguladores deben conciliar los distintos intereses que suelen ocasionarse con motivo del servicio público, estos intereses desencontrados suelen originarse entre los distintos sujetos que se resumen en tres:

Por un lado el Estado que es quien cede la explotación del servicio público mediante la figura de la concesión o licencia, por otro lado el Prestador, Licenciatario o Concesionario que es el facultado en prestar el servicio en las condiciones estipuladas y constituidas, y por ultimo los Usuarios que son los que reciben la prestación.

Desde aquí los Entes Reguladores como figura arbitraria entre los tres sujetos mencionados deben velar por la protección de los intereses de cada uno de ellos y de esta manera evaluar los puntos a favor y los puntos en contra que la prestación en condiciones monopolicas puede suscitar, aspectos que serán desarrollados posteriormente.

a).- MONOPOLIO NATURAL

Cuando un servicio por su naturaleza y por sus características no puede ser prestado por varias compañías estamos frente a lo que se denomina “monopolio natural”.

Dicho de otra manera, el monopolio natural se ostenta cuando la actividad desplegada es realizada por un único oferente o firma que presta el servicio con exclusividad territorial y dentro de la zona que se le asigna satisfaciendo la demanda con el menor costo posible de producción.

Hay que tener en cuenta que de ninguna manera se debe permitir perturbar los índices de calidad que son determinados entre las partes y que debe salvaguardar el Organismo de Control.

Prestar el servicio en condiciones monopolicas donde la firma intenta obtener el máximo beneficio propio puede afectar el interés general, desde aquí y para que no suceda esto, el monopolio natural necesita de una regulación para que los derechos de ambas partes se encuentren amparados.

b).- MONOPOLIO LEGAL

El monopolio legal es aquel que consta de una regulación específica.

En este caso nos encontramos también frente a un único oferente, que presta el servicio con exclusividad territorial y dentro de la zona que se le asigna, pero con una participación estatal que regula la actividad y garantiza la exclusividad para prestar el servicio.

Tanto en un caso como en otro nos hallamos frente a un monopolio, la diferencia que se suscita es que en el primer caso el mismo mercado es el encargado de regular la competencia, y en el segundo de los casos es el Estado a través de los Organismos de Control quien controla, pero ambos tienen como fin evitar abusos económicos y de otra índole que suelen presentarse.

Por medio de esta política de regulación se les brinda a los Usuarios o Consumidores la información necesaria con relación al servicio, de otra manera sería muy arduo y oneroso para estos contar con la información adecuada.

Es por ello que el Estado a través de sus Organismos de Control asume esa tarea para lograr un mayor equilibrio entre los Prestadores de servicios públicos y los Consumidores.

El modelo regulador de la Argentina se propone controlar que el prestador asuma y realice las obligaciones a su cargo, todas aquellas que fueron constituidas en el contrato de concesión y las previstas en los respectivos Marcos Regulatorios. De no ser así la Autoridad de Control esta habilitada para aplicar sanciones por los incumplimientos, incluso rescatar el servicio cuando la prestación se torne peligrosa.

Es por ello, que la tarea de los Entes Reguladores en la Argentina es muy importante a los fines de brindar seguridad, y posicionar a los Consumidores en una posición más equilibrada con relación a los Prestadores del servicio.

c).- BENEFICIOS DEL SISTEMA- ECONOMICIDAD

La ideología social de prestar el servicio en condiciones monopolicas no es satisfactoria, pero es importante dar a conocer que este sistema propone ventajas entre las cuales se encuentra la economicidad.

El Ente Regulador previo examen determinara la tarifa que no podrá ser modificada por un plazo de cinco años, será lo más económica posible para que puedan tener libertad de acceso todos aquellos que lo requieran y esto beneficia a los Consumidores.

Si realizamos una comparación entre la prestación monopolica y un mercado competitivo, se verá que el servicio no será el mismo, las instalaciones no serán las optimas ni la tarifa económica, repercutiendo ciertamente estos aspectos en el Consumidor que es en definitiva quien la ley pretende resguardar.

d).- INCONVENIENTES QUE PLANTEA LA TEMATICA

El servicio público prestado en condiciones monopolicas será regulado de tal forma que no cause un perjuicio económico a los Usuarios, por este motivo la protección legal de estos es necesarias ya que su poderío de negociación con respecto al Prestador es endeble, deben evitarse conductas discriminatorias³⁵ y esto puede exhibirse cuando algún Concesionario despliegue en el mercado una posición dominante.

³⁵**Ley N° 24.076, Artículo 52:** *“El ENTE tendrá las siguientes funciones y facultades:
d)Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y consumidores y dictar las instrucciones necesarias a los transportistas y distribuidores para asegurar el suministro a los servicios no interrumpibles”*

Ley 24.065, Artículo 56: *“El ente tendrá las siguientes funciones y facultades:*

Si bien es anhelado por parte de los Usuarios y Consumidores la posibilidad de contar con la libre elección del Prestador que mejor satisfaga sus propios intereses, en la práctica resulta inverosímil por el gran perjuicio económico y por las cuestiones técnicas que se encuentran entremetidas en la prestación de los servicios públicos.

El Usuario puede tener inconvenientes con el Prestador y necesidades de optar por otro concesionario, de ser así le sería materialmente imposible con este sistema cambiar de Prestador y deberá negociar forzosamente con la firma de esa jurisdicción.

IV.- SERVICIO PUBLICO

Hay actividades privadas que provocan en el Estado un alto grado de interés ya que satisfacen necesidades generales, es aquí donde procura regular por si mismo esas actividades para instaurar las condiciones de su explotación.

De esta manera el Estado despoja la explotación de manos privadas para suministrarla a particulares mediante las figuras jurídicas permitidas o para prestarlo de manera propia pero siempre en condiciones monopolicas.

La intervención del Estado en los servicios públicos esenciales, se da por la importancia o la necesidad que implica este servicio para la comunidad. Tal es así, que una actividad calificado como “servicio público” por ley, o de “interés general” significa que va a ser sometida a una reglamentación más estricta que las actividades privadas desarrolladas por particulares, esto es así debido a que aquellas satisfacen necesidades de un grupo numeroso de la sociedad denominadas también necesidades colectivas.

Imaginemos a la sociedad sin los servicios de Gas, de Electricidad o de Agua, el impedimento de acceder a estos servicios perturbaría a cada uno de los individuos de la sociedad como a la cadena comercial repercutiendo notablemente en la economía del Estado, por tal motivo el gran interés del Estado para regularlo de manera estricta y garantizar así su prestación.

La definición de lo que es un servicio público surgió en Francia a principios del siglo XX. Ahí, es donde se formuló la idea de que es el Estado el principal encargado de prestar estos servicios, pero en este caso el sentido del servicio público es mucho más abarcativo que en nuestro país, si bien nosotros lo encauzamos desde el sentido y contenido técnico que posee la materia, en Francia lo caracterizaban como la facultad que tenia el Estado mediante el poder soberano para ejercer su autoridad.

Esa concepción francesa sobre los servicios públicos es ampliada agregando las cuestiones técnicas que posee cada materia y esto si es lo que nosotros designamos servicio público.

De esa concepción francesa sobre los servicios públicos se denota una esencial e intransferible intervención del Estado, de ser necesario otorgara en un tercero solamente la explotación pero no la titularidad, de igual manera que sucede en Argentina, pero ese desprendimiento de la explotación no va a ser perpetuo sino que podrá darse por finalizada la prestación por decisión del Estado. Esto es lo que se conoce en nuestro Estado como “el rescate del servicio público”.

Para una mejor comprensión la propia constitución francesa en la actualidad reza lo siguiente: *“Todo bien, toda empresa, cuya explotación tiene, o adquiere, las características de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe devenir en propiedad de la comunidad”*

Desde este punto de vista y con algunas modificaciones, podemos decir que Argentina recepta la doctrina francesa citada precedentemente.

En el caso específico de la Argentina la prestación del servicio público fue evolucionando a lo largo del tiempo y para su examen debemos remontarnos a la primera etapa que se da entre el año 1900 y 1930 donde la explotación por parte del Estado constituía casos excepcionales.

La segunda etapa que se da luego de consumada la segunda guerra mundial generó un cambio decisivo con respecto a la etapa anterior.

La propiedad y la explotación de los servicios paso a manos del Estado siendo este ultimo el responsable de prestarlo a la sociedad, es de esta manera como se constituyen las sociedades del Estado para otorgar el servicio de Gas, Electricidad, etc.

Y por ultimo las privatizaciones llevadas a cabo a principios de la década del 90, donde el Estado conservó la titularidad cediendo en un tercero privado la explotación de los servicios para que se distribuya respetando los índices de calidad preestablecidos.

En esta etapa que se consolida con la reforma constitucional del año 1994 se torna inflexible una amplia protección a los derechos de los Consumidores y Usuarios conocidos como los derechos de tercera generación, principalmente cuando la prestación se otorga en condiciones de privilegio o monopólicas.

a).- DEFINICIÓN

Una definición general sobre lo que es el servicio público es aquella en la cual hay una actividad cuya titularidad pertenece al Estado, con el condicionante de un interés general que se encuentra comprometido³⁶. Esta prestación puede ser realizada directamente por el Estado o de manera indirecta cuando delega en un tercero su explotación y reserva la titularidad.

A la definición anterior, algunos autores la consideran limitada, por lo que se ve desarrollada por Marienhoff donde da un concepto mucho más abarcativo ya que incluye la actividad de los particulares, pero sin olvidar que debe estar comprometido el interés general, y este elemento hace que sea el Estado el interesado en controlarlo. Lo define así: *“es toda actividad de la administración pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el presupuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la actividad estatal”*.

³⁶Mairal, Héctor A., La ideología del Servicio Público, Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires: Depalma; N° 14, 1993

La prestación de los servicios públicos, es una actividad sustraída del libre comercio cuya titularidad pertenece al Estado, pero si bien posee la titularidad, su actividad o prestación puede ser delegada en un tercero para que la desarrolle de manera monopolica y conforme a las reglas preestablecidas para garantizar los fines de esta actividad y cuyos designios fueron los que llevaron a declararla como servicio público³⁷.

Las actividades que son calificadas como servicio público, lo son, no solo por que están destinadas a satisfacer el bien común o necesidades públicas, sino también por que no pueden ser prestadas en condiciones de libre competencia, esto es lo que determina que sean circunscritas dentro de un régimen jurídico especial³⁸.

Por ultimo, calificar una actividad como servicio público significa que estará sometida a una estricta regulación, ya que donde existe competencia no existe regulación o la existente no lo es en las condiciones de un servicio público.

Todo ello es con el fin de lograr un máximo de seguridad e inmejorables condiciones en la prestación del servicio ya que los servicios bajo estudio son imprescindibles para el progreso de la sociedad y sin estos se perturbaría el bienestar general de la sociedad y es el propio Estado el interesado en satisfacerlo.

³⁷**Ley 24.076, Artículo 1.** *“La presente Ley regula el transporte y distribución de gas natural que constituyen un servicio público nacional, siendo regidos por la Ley N° 17.319 la producción, captación y tratamiento...”*

Ley 24.065, Artículo 1: *“Caracterizase como servicio público al transporte y distribución de electricidad. Exceptuase, no obstante su naturaleza monopólica, el régimen de ampliación del transporte que no tenga como objetivo principal la mejora o el mantenimiento de la confiabilidad que, en tanto comparta las reglas propias del mercado, será de libre iniciativa y a propio riesgo de quien la ejecute. La actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo”*

b).- CARACTERES

Los caracteres esenciales de los servicios públicos son:

Continuidad: La persistencia esta relacionada con la calidad de la prestación, siendo continua se logra una prestación recomendable, cumplir con este carácter hace a la eficiencia de la prestación.

Regularidad: La regularidad implica que la prestación del servicio público sea conforme a reglas claras determinadas y preestablecidas.

Uniformidad o Igualdad: Requiere que todos los Usuarios del servicio regulado tienen derecho a recibir el servicio en paridad de condiciones, sin discriminación ni privilegios, esto no prohíbe establecer distintas categorías, pero si que en cada una de ellas el trato sea igualitarios para todos³⁹, acá cabe hacer mención sobre la interpretación que le da la corte cuando dice: *“tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como tales”*

Se les debe permitir a los terceros que estén en condiciones de tomar el servicio, integrarse al sistema de distribución del servicio público, evitando de esta manera tratos indiscriminatorios hacia los eventuales sujetos de la ley.

Generalidad: Implica que todos los Usuarios tienen derecho a aprovechar de los servicios en similares condiciones.

Obligatoriedad: Aquí no nos estamos refiriendo a quien recibe la prestación, sino más bien, a quien la otorga.

En este sentido lo ha establecido la corte: *“la obligación de la empresa concesionaria de seguir prestando al usuario el servicio es una carga que está incita en la prestación de un servicio público”*⁴⁰

³⁸Gordillo, A. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, 2º ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo; 1998

³⁹**Ley 24.065, Artículo 23:** *“Ningún transportista ni distribuidor podrá otorgar ni ofrecer ventajas o preferencias en el acceso a sus instalaciones, excepto las que puedan fundarse en categorías de usuarios o diferencias concretas que determine el ente”*

⁴⁰C.S.J.N, fallo del 05/11/96 “Establecimientos Metalúrgicos Becció e Hijos S.A. c/Ente Nacional Regulador del Gas”,

Que se haya delegado la prestación en un tercero para prestar el servicio de manera indirecta no es un indicio para que el Estado se desentienda totalmente. El Estado debe ejecutar apropiadamente el control de policía y desempeñar cabalmente con su labor reguladora respondiendo subsidiariamente en caso de incumplimiento del Prestador privado.

Si la firma privada no esta en condiciones de prestar el servicio por que lo superan las reglas del mercado y las exigencias de la actividad, deberá el Estado rescatar la prestación u otorgarla a otro particular para garantizar y satisfacer el bien común que se encuentra comprometido cuando nos referimos a los servicios públicos esenciales, interés social que se encontrara afectado si no se brinda un servicio en optimas condiciones.

En la actualidad se considera que el monopolio es también un carácter de los servicios públicos esenciales⁴¹ ya que es necesario para explotar el servicio público.

c).- FORMAS DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PUBLICO

El servicio público puede ser prestado por el propio Estado a través de su administración centralizada o por medio de su administración descentralizada, asumiendo este, no solo la titularidad, sino también su prestación. Asimismo puede ceder la explotación hacia una persona jurídica privada ajeno a la administración para que ejerza la actividad.

⁴¹Gordillo, A., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, 2º ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo; 1998

c.1).- Su Prestación por el Estado

Aquí el Estado no solo asume la titularidad sino también la prestación, en estos casos el control y la regulación van a ser menos estrictos ya que sino estaría fiscalizando sus propios actos.

Por lo tanto el responsable por las omisiones e incumplimientos es el propio Estado titular y prestador.

c.2).- Su Prestación por Particulares

En este caso el Estado delega en un tercero la prestación conservando para sí la titularidad, es decir que este último presta el servicio en las condiciones constituidas y enmendadas en el contrato de concesión y de acuerdo a lo normado en el respectivo Marco Regulatorio, y es el Estado quien conserva la titularidad y el que va a encuadrar la prestación bajo una estricta regulación para garantizar los derechos de todos los sujetos de la cadena del servicio.

Explicado en otras palabras, el Estado concedente cede en un particular que jurídicamente se entiende como el concesionario, la potestad de prestar el servicio público a nombre propio y por cuenta propia.

Hay una herramienta interesante que merece ser explicada como es el rescate de la concesión o la licencia.

El prestador debe brindar el servicio en las condiciones exigidas por la sociedad ya que de lo contrario podría afectar arduamente a los tutelados, de darse esta situación, el Estado puede, si está pactado previamente, rescatar el servicio para delegarlo en otro tercero o para asumir nuevamente la prestación de manera directa y proteger mediante este mecanismo que el servicio llegue a los Consumidores sin avasallar sus derechos y garantizando su acceso, ya que

como mencionamos anteriormente es un servicio necesario para la vida humana.

d).- CONCESIONES Y LICENCIAS

A través de la reforma del Estado que se da hacia fines de la década del 80 del siglo XX reaparecen las concesiones y licencias del servicio público que fue la herramienta de contratación que utilizaba el Estado para otorgar en un tercero la prestación del servicio.

Hoy en día, en nuestro país, es muy difícil hacer una clara diferencia entre la concesión o la licencia del servicio público orientado desde el punto de vista práctico ya que no hay un criterio que logre diferenciar intachablemente ambos conceptos. Gordillo se refiere a la concesión o licencia de servicio público sin distinguir uno del otro. La ley de emergencia equiparó la concesión y licencia como contratos administrativos. Cassagne sostuvo: *“...tanto la concesión de servicios públicos como la figura de la licencia de explotación de servicios públicos constituyen contratos administrativos en razón de su objeto, que reflejan una equivalencia de prestaciones nacida de un acuerdo de voluntades entre la administración y el particular”⁴²*

Es decir, si la administración otorga un permiso mediante la figura de la concesión o mediante el instrumento jurídico de la licencia para ceder en un tercero la explotación del servicio público en ambos caso nace una relación contractual con las consecuencias jurídicas que este instrumento legal genera.

⁴²Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, T.II, 6° ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1998

Hay que tener en cuenta que los derechos de los concesionarios están reglados en la concesión misma y no pueden expandirse implícitamente en beneficio de estos sino que debe atenderse al espíritu de la concesión⁴³, y en este sentido lo afirmó el Procurador General de la Nación en el dictamen de un fallo resuelto posteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

“...aquel ejemplar principio que señala que el derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, y que la regla más segura en materia de interpretación de concesiones es la de que toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, por que nada debe tenerse por concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por implicancia clara, ya que no existen derechos implícitos en la concesión en beneficio del concesionario, la afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para su derecho⁴⁴ ...”

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: *“...es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias a una corporación como en toda concesión de privilegios por el estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es la de que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos⁴⁵ ...”*

“...nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara⁴⁶ .”

⁴³CSJN (155-12), fallo del 12 de julio de 1929, “Fisco Nacional c/ Compañía Dock Sud de Buenos Aires s/ cobro de pesos”. *“Se crean deberes y derechos a cargo y a favor del concesionario, pero, la medida y extensión de unos y otros, con las modificaciones impuestas por el poder de policía queda determinado por el contenido del acto”*.

⁴⁴“Metrogas S.A.c/Resolución regulatoria 06/10/95-Enargas-expte. 1242/95”

⁴⁵CSJN (323-337), fallo del 07/03/2000, “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional –Estado Mayor de la Fuerza Aérea Argentina- en la causa Sociedad Aeronáutica San Fernando S.R.L. y otros c/ Estado Nacional –Poder Ejecutivo Nacional- Dtos. 375/97 y 842/97”

⁴⁶CSJN (316-382), fallo del 30/03/1993, “Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c/ Estado Nacional (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/ nulidad de resoluciones”.

“...la regla más segura en materia de interpretación de concesiones es la de que toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tomarse como concedido, sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara⁴⁷...”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en otro de sus fallos, sobre tantos donde se refiere a la concesión reiteró: *“Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara⁴⁸.”*

La tesis contractual pierde importancia si el servicio no es prestado en las condiciones pactadas en los respectivos contratos y de esta manera queda facultada la administración para modificar o rescatar el servicio ya que la concesión no deber privar por sobre el interés general de la sociedad. En este sentido se expidió Marienhoff cuando sostuvo: *“Todo lo atinente a la organización o al funcionamiento del servicio público puede ser modificado en cualquier momento por el Estado”.*

Entre todas las facultades que tienen los Entes Reguladores se encuentra aquella en la cual lo facultan para negociar los contratos de concesión o licencias. Los Organismos de Control pueden participar en la negociación ya que los respectivos Marcos Regulatorios lo habilitan para participar en los procesos de adjudicación, modificación o extinción de una concesión o licencia.

⁴⁷CSJN (155-12), fallo del 12 de julio de 1929, “Fisco Nacional c/ Compañía Dock Sud de Buenos Aires s/ cobro de pesos”.

⁴⁸CSJN (321-1784), fallo del 30/06/1998, “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional –Ministerio de Obras y Servicios Públicos- Secretaría de la Marina s/ Incumplimiento de contrato”

A raíz del conocimiento técnico que poseen sobre la materia estipulan la manera y el procedimiento⁴⁹ para otorgar la explotación mediante los institutos jurídicos mencionados, ya que serán los más competentes para apreciar las condiciones en las cuales se debe otorgar.

Desde este punto de vista no solo participa, también asesora al Poder Ejecutivo en los procesos de evaluación⁵⁰ y en el acto jurídico final que es la suscripción del pertinente contrato.

Por lo pronto, la concesión de un Servicio Público es un contrato administrativo mediante el cual, la propia administración, expresa su voluntad de celebrar un acto jurídico.

Es decir que para otorgar la explotación de un servicio se debe atender a la expresión llevada a cabo por el Estado mediante un acto legislativo que es la manera expresa en el cual se autoriza en un tercero la prestación del servicio público.

Si analizamos de qué manera fue otorgada la prestación de los servicios públicos esenciales, encontraremos que el Agua Potable y la Energía Eléctrica fueron cedidas a un tercero mediante la figura de la concesión, en cambio para explotar el servicio de Gas se utilizó la licencia.

Podemos advertir que los fines fueron los mismos ya que se otorgaba la prestación del servicio público a un tercero ajeno al Estado para su explotación, pero sin embargo el instrumento jurídico empleado fue distinto según el caso.

⁴⁹**Ley 24.076, Artículo 52, h:** “El ENTE tendrá las siguientes funciones y facultades: h) Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de habilitaciones de transporte y distribución de gas natural mediante licitación pública”;

Ley 24.065, Artículo 56, f: “El ente tendrá las siguientes funciones y facultades f) Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de concesiones de transporte y distribución de electricidad mediante procedimientos públicos o privados cuando razones especiales debidamente acreditadas así lo justifiquen”

⁵⁰**Ley 24.076, Artículo 52, i:** “El ENTE tendrá las siguientes funciones y facultades i) Asistir al PODER EJECUTIVO NACIONAL en las convocatorias a Licitación Pública y suscribir los contratos de concesión y determinar las condiciones de las demás habilitaciones ad referendum del mismo”;

Ley 24.065, Artículo 56, g: “El ente tendrá las siguientes funciones y facultades: g) Llamará a participar en procedimientos de selección y efectuará las adjudicaciones correspondientes, firmando el contrato de concesión ad referendum del Poder Ejecutivo el que podrá delegar tal función en el órgano o funcionario que considere conveniente”

No hay que olvidar que lo más importante no es la concesión, no es la licencia, sino el bienestar general que necesita de la intervención del Estado para ser garantizada.

V.- REGULACIÓN

a).- CONCEPTO DE REGULACIÓN

La regulación del servicio público, es el conjunto de normas que regulan la actividad.

Como dijimos anteriormente, en el caso de los servicios públicos, al encontrarse un interés general comprometido es el Estado a quien le interesa controlarlo y regularlo rigurosamente⁵¹.

El poder político del momento lo despoja del libre comercio y lo somete a reglas específicas y expresas para prestarlo de manera monopolica por quien sea el encargado de prestar el servicio.

La posición del Usuario del servicio público con respecto a la distribuidora es desigual⁵² ya que aquel se encuentra en un estado de indefensión y desconocimiento, pero esta diferencia sustancial es corregible con un plexo normativo sobre la materia.

Por ello todo el régimen jurídico vigente relacionado con el servicio público no debe desestimar esta discrepancia atendiendo las necesidades de cada Usuario que es el sujeto más endeble de la cadena de servicios.

En miras a su protección, con el objetivo de garantizar una adecuada prestación del servicio, para atender las necesidades de cada Usuario, para logra un régimen jurídico coherente, es que se debe armonizar todo el conjunto de normas relacionadas con la materia en estudio.

⁵¹Justicia de Pas Letrada, 1ª instancia, fallo del 20/02/1936, "Montechi, Blas c/ Cía. Hispano Americana de Electricidad", L. L, Serie A, T.I, p. 444 y sigs. "...La situación de privilegio de monopolio, en que se encuentra la empresa concesionaria, obliga al Poder público concedente a intervenir en defensa de sus administrados, que no pueden quedar al arbitrio de la empresa monopolista. Esta intervención se concreta en el establecimiento de las condiciones expresas en que la empresa debe prestar el servicio a los particulares..."

⁵²Cam. Cont. Adm. Fed. Sala V, fallo del 04/02/2002, "Dinar Líneas Aéreas S.A. c/ DNCI-Disp. 27/2001", (expte. 64-5113-1999) "...en el mundo actual la relación entre los usuarios y consumidores, por un lado, y las empresas proveedoras de bienes y servicios, por otro, no se despliega en el marco de

Comenzando con el proceso privatizador de los servicios públicos, continuando con los respectivos Marcos Regulatorios, la propia estructura de los Entes Reguladores, la doctrina aplicable, la jurisprudencia y la aplicación supletoria de la Ley de Defensa del Consumidor, es que se deben adecuar de manera tal, que se proteja fervientemente el artículo 42 de la Constitución Nacional.

En síntesis, la regulación de los servicios públicos no es más que el conjunto de normas que indican de qué manera se puede desarrollar la actividad.

b).- CASOS DE LOS EEUU

EEUU ejerce sobre los servicios públicos un rol secundario ya que la prestación se da por iniciativa privada.

En el caso de una actividad donde se encuentra el interés general comprometido y que necesita de una regulación como son los servicios públicos instituye los lineamientos generales en coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, pero no se arroga la titularidad ni la prestación del servicio como sucede en la Argentina. Decimos coherencia jurídica con el resto del ordenamiento por que lo que se aplica a un servicio puede que no se aplique al otro, pero en su conjunto deben guardar relación con el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del país con relación a un mismo asunto.

Para que se cumpla con esta coherencia y no se configure una inseguridad jurídica rechazable por cualquier Estado, se debe coincidir en la forma de creación de los Entes Reguladores, las facultades que a cada uno de ellos se les va a otorgar con relación al servicio público, y los controles que sobre ellos se van a ejercer, ya sea de tutela, control judicial y dentro de este último el alcance de la revisión.

El Estado no tiene la titularidad, ni es el encargado de prestar el servicio, pero cuando una persona jurídica privada está interesada en prestar el servicio, el Estado lo autoriza pudiendo revocar esa misma autorización por alguna causal justificada.

Para controlar la actividad crea Agencias Especiales Independientes cuya misión es controlar la prestación del servicio y así satisfacer el bien común.

c).- MODELOS REGULATORIOS

Los modelos regulatorios son mecanismos que se utilizan para controlar la eficiencia en la prestación.

Dicho de otra manera, es un control que se puede dar por “medios” o por “resultados” para alcanzar los objetivos propuestos por el Estado interesado.

c1).- Modelo de Control por Medios

En el control por medios, el Estado obliga al Prestador del servicio a lograr una calidad de servicio que guarde relación con los medios que tiene, esto es, de acuerdo a inversiones ejecutadas, con las obras llevadas a cabo, con el personal a cargo, con la tecnología que cuenta, etc. calidad esta, que será requerida durante la validez del contrato y que la Prestadora deberá garantizar.

Este sistema es criticado desde el punto de vista que no garantiza ni incentiva en la prestación una adecuada eficiencia, ya que la calidad va a guardar relación con los medios que se tengan.

c2).- Modelo de Control por Resultado

En este segundo control, el Estado obliga a quien presta el servicio a lograr un resultado -adecuada calidad del servicio- sin importar el medio utilizado.

Es aquí donde el Estado a través de su organismo competente va a verificar si los resultados fijados fueron conseguidos por el Prestador.

La crítica del sistema anterior se ve superado en este, ya que de lograr los resultados fijados, la calidad del servicio va a ser optima y va a estar garantizada una adecuada prestación.

Mediante este mecanismo se va a lograr también mas inversiones que el sistema anterior, ya que el objetivo va a estar dado en la calidad y para lograr esa meta se va a necesitar de tecnología y constantes inversiones.

VI.- AUTARQUIA DE LOS ENTES REGULADORES

a).- IDONEIDAD TECNICA

La idoneidad técnica del personal que componen los Entes Reguladores es indispensable, ya que es uno de los elementos que argumenta su competencia y desempeño.

Es lo que se conoce como el principio de la especialidad donde la actuación esta limitada por la norma atributiva de competencia y bajo ningún aspecto el funcionario público puede extenderla a los casos no previstos explícita o implícitamente por la ley.

En este sentido si los Entes Reguladores no tienen competencia para dirimir controversias sobre daños o perjuicios no serán estos los competentes para conocer en el asunto, en el mismo sentido los Entes Reguladores no pueden crear tarifas ni imponer gravámenes sin una norma del Congreso que le dé sustento.

Está el caso de los Marcos Regulatorios de la Electricidad y del Gas⁵³ que exige como integrantes del directorio personas con aptos historiales técnicos en la materia, es decir, probar la idoneidad profesional que se exige para la actividad que se va a desarrollar⁵⁴.

⁵³**Ley 24.065, Artículo 58:** “Los miembros del directorio serán seleccionados entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia y designados por el Poder Ejecutivo, dos (2) de ellos a propuesta del Consejo Federal de la Energía Eléctrica. Su mandato durará cinco (5) años y podrá ser renovado en forma indefinida. Cesarán en sus mandatos en forma escalonada cada año. Al designar el primer directorio, el Poder Ejecutivo establecerá la fecha de finalización del mandato del presidente, vicepresidente y de cada vocal para permitir tal escalonamiento”

Ley 24.076, Artículo 54: “Los miembros del Directorio del ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS, serán seleccionados entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia y designados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, DOS (2) de ellos a propuesta de los gobernadores de las provincias.

Durarán un periodo de CINCO (5) años en sus cargos, el que podrá ser renovado en forma indefinida. Cesarán en forma escalonada cada año. Al designar el primer Directorio, el PODER EJECUTIVO NACIONAL establecerá la fecha de finalización de cada uno, para permitir el escalonamiento”

⁵⁴**Decreto 999/92, Artículo 19:** “Directorio. El Ente Regulador será dirigido y administrado por un Directorio de seis miembros representantes del Poder Ejecutivo Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, respectivamente, a razón de dos integrantes por cada uno. Los miembros del Directorio deberán reunir los requisitos para ser funcionario público y contar con probada experiencia e idoneidad acordes a las actividades que deban cumplir, rigiendo las incompatibilidades de la Ley 22.140”

Es por ello que los Organismos de Control especializados deben garantizar por medio de su personal idoneidad, conocimientos, aptitudes y habilidades para la tarea que desenvuelven.

Si observamos la forma en que están compuestos los Entes Reguladores en la actualidad, descubriremos serias deficiencias e inobservancia al ordenamiento jurídico vigente, ya que como sucede con el directorio del ENARGAS por citar uno de los casos, los integrantes de su directorio no tienen la idoneidad, conocimientos y aptitudes, ni siquiera cubren los cargos por concurso como lo exige la ley sino meramente por decisiones políticas cubriendo intereses y no cargos.

b).- INDEPENDENCIA FUNCIONAL

Otra de las características de los Entes Reguladores bajo análisis está dado por la independencia en el ejercicio de sus funciones.

De no ser así actuarían condicionados por el poder político de turno y por decisiones políticas se afectaría su actuación, impidiendo cumplir con los objetivos establecidos en la ley como es la defensa de los derechos de los Consumidores tutelados en la Constitución Nacional.

En la practica y es la crítica que se formula al respecto, la independencia de los Organismos de Control se ve afectada por resoluciones de la Secretaria de Energía que afectan su funcionamiento, ya que impartiendo ordenes que estos deben cumplir entorpecen su independencia funcional.

Hay elementos que permiten asegurar la independencia, entre ellos esta la dedicación exclusiva⁵⁵ de sus miembros y el sistema de Incompatibilidades, esto permite que un funcionario que desenvuelve trabajos en algún Organismo de Control de servicios públicos no los haga al mismo momento en esferas reguladores externas o participando en funciones políticas en algún otro organismo de la administración, tampoco lo podrán hacer en empresas que según los respectivos Marcos Regulatorios están comprendidas como sujetos de la ley, por lo tanto se debe asegurar que los mecanismo de designación sean transparentes y resguardando la estabilidad en los cargos.

Si observamos el proceder del Ente Regulador del Agua nos detendremos en que sus miembros pueden removerse por un procedimiento interno denominado “Reglamento de Investigaciones Disciplinarias” afectando gravemente la independencia del Organismo de Control, mientras que los directivos del Ente Nacional Regulador del Gas y el Ente Nacional Regulador de la Electricidad pueden removerse por decisión del Poder Ejecutivo, comunicándolo previamente a una comisión constituida en el ámbito del Congreso.

⁵⁵**Ley 24.065, Artículo 59:** “Los miembros del directorio tendrán dedicación exclusiva en su función, alcanzándoles las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y sólo podrán ser removidos de sus cargos por acto fundado del Poder Ejecutivo. Previa a la designación y/o a la remoción el Poder Ejecutivo deberá comunicar los fundamentos de tal decisión a una comisión del Congreso de la Nación integrada por dieciséis (16) miembros que serán los presidentes y vicepresidentes de las comisiones que cada una de las Cámaras determinen en función de su incumbencia, garantizando una representación igualitaria de senadores y diputados. Esta comisión podrá emitir opinión dentro del plazo de treinta (30) días corridos de recibidas las actuaciones. Emitida la misma o transcurrido el plazo establecido para ello, el Poder Ejecutivo Nacional quedará habilitado para el dictado del acto respectivo”

Ley 24.076, Artículo 55: “Los miembros del directorio tendrán dedicación exclusiva en su función, alcanzándoles las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y sólo podrán ser removidos de sus cargos por acto fundado del Poder Ejecutivo Nacional. Previa a la designación y/o a la remoción el Poder Ejecutivo Nacional deberá comunicar los fundamentos de tal decisión a una comisión del Congreso de la Nación integrada por los presidentes y vicepresidentes de las comisiones que cada una de las Cámaras determinen en función de su incumbencia, garantizando una representación igualitaria de senadores y diputados. Dicha comisión deberá emitir opinión dentro del plazo de treinta (30) días corridos de recibidas las actuaciones. Emitida la misma o transcurrido el plazo establecido para ello, el Poder Ejecutivo Nacional quedará habilitado para el dictado del acto respectivo”

Si esta función se considera como una atribución del Poder Ejecutivo la actuación de los Organismos de Control estaría condicionada y restringida por las eventuales decisiones de aquel y su independencia no estaría garantizada ya que actuarían condicionados en sus funciones.

Ante el caso de que el Órgano de Control no posea la independencia e imparcialidad exigida por el ordenamiento jurídico y necesaria al momento de desarrollar sus funciones entre las cuales se encuentra la facultad jurisdiccional, se estaría privando a los Consumidores de la independencia que tiene que tener el órgano decidor con respecto al resto de los poderes y nuevamente serian los Usuarios los perjudicados ya que las decisiones estarían influenciadas por condicionante políticos que no tendrían que presentarse en el desarrollo de la actividad regulatoria.

c).- AUTARQUIA FINANCIERA

Por último, y para garantizar la autarquía de los Entes Reguladores, se encuentra el tercer elemento que esta dado por la autarquía financiera.

Este elemento da la posibilidad que los Entes Reguladores se financien de manera independiente, aunque este punto actualmente merece algunas críticas compartidas.

Financieramente los Organismos de Control se solventan con una tasa que perciben por medio de las empresas controladas, esta tasa es la que le permite elaborar su tarea y desarrollar sus objetivos para cumplir con los ideales de la ley.

En el caso de los Entes Reguladores este sostén financiero esta conformado por la tasa de fiscalización y control que será percibida anualmente para ejecutar su labor, ante el caso de que los sujetos encargados de abonar la tasa no cumplan con dicho cometido, el Ente Regulador del Gas⁵⁶, Agua⁵⁷ o Electricidad⁵⁸ expedirá un certificado de deuda que operara como titulo ejecutivo según las normas ejecutivas.

La ley 24.156⁵⁹ creó la cuenta única del tesoro que recepciona los fondos percibidos por la administración pública.

En el caso de los Entes Reguladores también deben girar los fondos que perciben por medio de la tasa de fiscalización y control a la cuenta única del tesoro, para que subsiguientemente se destine por medio de partidas lo que le corresponde a cada Organismo.

⁵⁶**Ley 24.076, Artículo 62:** “Los recursos del ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS se formarán con los siguientes ingresos: a) La tasa de inspección y control creada por el artículo 63”

Artículo 63: “Almacenadores, transportistas, comercializadores y distribuidores abonarán anualmente y por adelantado, una tasa de fiscalización y control a ser fijada por el Ente en su presupuesto”

Artículo 64: “La mora por falta de pago de la tasa se producirá de pleno derecho y devengará los intereses punitivos que fije la reglamentación. El certificado de deuda por falta de pago de la tasa expedido por el Ente habilitará el procedimiento ejecutivo ante los Tribunales Federales”

⁵⁷**Decreto 999/92, Artículo 25:** “RECURSOS. Los recursos del Ente Regulador para cubrir sus costos de funcionamiento serán los siguientes: c) Tasas o derechos especiales por el control de la contaminación hídrica exclusivamente del Concesionario”

⁵⁸**Ley 24.065, Artículo 66:** “Los recursos del ente se formarán con los siguientes ingresos: a) La tasa de inspección y control que se crea por el artículo siguiente”

Artículo 67: “Productores, transportistas y distribuidores abonarán anualmente, y por adelantado una tasa de fiscalización y control a ser fijada por el ente en su presupuesto.

Esta tasa será fijada en forma singular para cada productor, transportista o distribuidor en particular y será igual a la suma total de gastos e inversiones previstos por el ente en dicho presupuesto, multiplicada por una fracción en la cual el numerador, serán los ingresos brutos por la operación correspondiente al año calendario anterior, y el denominador, el total de los ingresos brutos por operación de la totalidad de los productores, transportistas y distribuidores del país, durante igual período”

Artículo 68: “Si durante la ejecución de un presupuesto los recursos estimados para el ejercicio resultaren insuficientes por hechos imprevisibles a la fecha de confección del referido presupuesto, el ente podrá requerir el pago de una tasa complementaria, sujeta a la aprobación del Poder Ejecutivo, hasta satisfacer las necesidades presupuestarias”

Artículo 69: “La mora por falta de pago de la tasa se producirá de pleno derecho y devengará los intereses punitivos que fije la reglamentación. El certificado de deuda por falta de pago de la tasa expedido por el ente habilitará el procedimiento ejecutivo ante los tribunales federales en lo civil y comercial”

⁵⁹Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

Habría que preguntarse si tal proceder no afecta la autarquía financiera de los Entes Reguladores ya que en la práctica no llegan las partidas en su totalidad y en lo que por derecho le corresponde. De esta manera se afectan una de sus principales características como es la autarquía financiera.

Desde este punto de vista considero que la autonomía financiera se ve perturbada ya que por lo dicho precedentemente no existe la independencia presupuestaria en los Entes Reguladores para desarrollar sus tareas, sino un solo patrimonio en cabeza de la administración central que destina las partidas de acuerdo a los gastos justificados y a su libre conveniencia.

VII.- FACULTADES DE LOS ENTES REGULADORES

Analizando las competencias que le confieren los Marcos Regulatorios del Gas, de la Electricidad y del Agua Potable a los Entes Reguladores notaremos que sus funciones son similares mas allá de que el servicio sea diferente.

El Ente de Control debe tener facultades de fiscalización, de regulación y facultades jurisdiccionales para cumplir con sus fines.

Esto es lo que lleva a algunos autores a establecer que los Entes Reguladores son como un minúsculo Estado dentro del mismo Estado, y esto lo sostienen sobre la base de las tres facultades mencionadas precedentemente pero siempre relacionadas con los sujetos de la ley y con el servicio regulado.

a).- FACULTAD REGLAMENTARIA

Los Entes Reguladores se encuentran en el medio de la relación que existe entre el Usuario y la Prestadora del servicio, y como Organismo de Control es el encargado de armonizar sus relaciones.

De acuerdo al régimen de división de poderes que hace a la forma republicana de Gobierno, la función legislativa recae propiamente en el Poder Legislativo, en este sentido los Organismos de Control de los servicios públicos esenciales no podrían dictar normas de carácter legislativo, pero en el caso de materias como el Gas, la Electricidad y el Agua que tienen un algo grado de contenido técnico se encontraría una justificación.

El artículo 76 de la Constitución Nacional reza lo siguiente: “*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.*”

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

Por otra parte la Disposición Transitoria octava establece: “*La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.*

En función del artículo 76 de la Constitución Nacional, es el Poder Legislativo el encargado de dictar normas, reteniendo la delegación para casos extraordinarios, es decir para materias determinadas y para casos que lo justifiquen caso contrario la delegación estaría prohibida y no tendría efectos jurídicos.

Respetando el sistema constitucional y el principio republicano de la división de poderes surge la imposibilidad de que el Congreso de la Nación delegue en el Poder Ejecutivo u otro organismo de Gobierno facultades y atribuciones que le son propias.

Pero esto no significa que la delegación legislativa no haya existido ni exista en la actualidad, ya que hay circunstancias que si lo justifican⁶⁰.

En el caso de los Servicios Públicos esenciales resulta inadmisibles prohibir la delegación ya que estas materias tienen un alto grado de contenido técnico y ante el caso de que se necesite algún consejero técnico serán estos Organismos de Control los que deberán asesorar por ser los más idóneos y con mayores conocimientos en la materia.

⁶⁰L.L., 1991, C, 141; J.A., 1991, 11, 556, “Peralta y otros”

Por ejemplo Bianchi⁶¹ afirma que la delegación se encuentra justificada por los aspectos técnicos que se encuentran entremetidos en la materia que regulan los Entes Reguladores, ya sea Gas, Electricidad, o Agua.

En el mismo sentido se refiere Gordillo al decir que la prohibición de la delegación puede aceptarse solamente en los Entes Reguladores.

Sin embargo vamos a encontrar en doctrina interesantes debates y diferentes interpretaciones, por lo que hoy en día sigue siendo materia de debate.

En conclusión, la delegación legislativa en materia como los Servicios Públicos se encuentra justificada y permitida por el alto contenido técnico que ostentan los servicios bajo estudio, y esta es la postura de este trabajo.

La creación de estos Organismos de Control fue necesaria por ley y no por decreto como en la practica suele abusar de manera constante el Poder Ejecutivo ya que si hubiesen sido creado por decreto, el Poder Ejecutivo de ninguna manera podría delegar una competencia que no tiene, en cambio, si la creación nace del poder y la facultad que tiene el Legislativo por medio de las leyes, este si, puede delegar una competencia que posee.

Asimismo los Entes Reguladores pueden delegar sus funciones y facultades en los funcionarios de su organismo para lograr de esta manera una rápida y eficiente aplicación de los respectivos Marcos Regulatorios sobre cada uno de los temas, respetando en todo momento una coherencia jurídica entre los actos que se emiten.

⁶¹Bianchi, Alberto B, La regulación económica, T.I, 1° ed, Buenos Aires: Depalma; 2001

Antes de entrar a analizar la función reguladora de los Entes, es menester aclarar el tipo de reglamentos existentes y su definición.

Un reglamento es una declaración de voluntad por parte de la administración, llevado a cabo de manera unilateral y que es efectuado en ejercicio de la función administrativa produciendo efectos jurídicos generales.

Existen cuatro clases diferentes de reglamentos:

Reglamentos de ejecución: Que son aquellos dictados por el Poder Ejecutivo para poner en funcionamiento una ley, pero estos requieren previamente de la existencia de una ley como lo establece el artículo 99 inciso 2º de la Constitución Nacional⁶².

Reglamentos Autónomos: Estos no requieren la existencia de una ley previa, ya que son aquellos dictados por la administración para organizarse internamente. Estos están determinados en el artículo 99 inciso 1º de la Constitución Nacional⁶³.

Reglamentos de Necesidad y Urgencia: Estos están plasmados en el artículo 99 inciso 3º de la Constitución Nacional⁶⁴. Esta facultad que posee el Poder Ejecutivo debe ser ejercitada con carácter restrictivo ya que es una facultad extraordinaria, de no ser así invadiría la función legislativa que de ninguna manera le es propia.

Es por eso que la propia Constitución insta que esta facultad debe ser ejercida solo en casos excepcionales y en determinadas materias.

⁶² **Artículo 99:** “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

Inc. 2º: “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidándose de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”

⁶³ **Artículo 99, Inc. 1º:** “Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país”

⁶⁴ **Artículo 99, Inc. 3º:** “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”

Reglamentos Delegados: Este tipo de reglamentos merece un tratamiento especial ya que son los que emiten los Entes Reguladores⁶⁵.

Sobre la delegación regulatoria que se les otorga a los Entes Reguladores de los servicios públicos esenciales se presentan interesantes discusiones.

En el caso de los Entes Reguladores la prohibición del artículo 76 de la Constitución Nacional encontraría una excepción, ya que su facultad regulatoria es propia y específica y debe considerarse ajena al poder concedente. Pero es menester resaltar la diferencia que se ocasiona entre los Entes Reguladores creados por decretos y aquellos creados por ley ya que las facultades de los Organismos de Control pueden variar en uno u otro caso. Por ejemplo, el Ente que es creado por ley formal se le puede delegar aquellas facultades que son propias del Poder Legislativo siempre que guarden relación con el servicio público regulado, en cambio el Ente creado por decreto tiene ciertas restricciones incluso cuando ejerce la facultad regulatoria.

El Organismo de Control creado por decreto con sus decisiones no puede afectar derechos de terceros ajenos a las relaciones contractuales que nacen por motivo del servicio públicos, no puede establecer servidumbres restringiendo el dominio de una persona, no podrán tampoco imponer penas ni crear tasa, etc.

Sucede a menudo, que una Prestadora requiere un permiso del Ente Regulador para que un bien sea afectado con un derecho real de servidumbre de paso u otra autorización que es necesaria para la prestación del servicio, en este caso, tal como mencionamos anteriormente, se afecta el derecho pleno que tiene una persona.

⁶⁵Barra, Rodolfo C., Reglamentos Administrativos, Buenos Aires: La Ley; T. 1999- F, Pág. 1034.

Esta autorización o intervención no puede ser dada por un Ente Regulador que fue creado por decreto ya que este tipo de autorizaciones como puede ser también una expropiación es una facultad del Congreso de la Nación y por ende es este el que lo puede delegar hacia aquellos organismos que fueron creados por ley.

Desde mi punto de vista la regulación cuenta con grandes desafíos para los próximos años, tarea que deberá ser programada y planeada para superar los déficit regulatorios que en la actualidad nuestro sistema posee.

Ente ellos, los Entes Reguladores deben complementar e interactuar la tarea de fiscalización con las provincias y municipios ya que esta relación se encuentra hoy en día debilitada.

Complementar y dotar a las Asociaciones de Usuarios y Consumidores de todas las herramientas para que su función sea beneficiosa, entre ellas la de contar con personal idóneo, preparado y procurar un financiamiento institucional para desenvolver su tarea en pos del servicio y en protección del Usuario.

Sin esta conciencia, el sistema se tornaría regresivo y perjudicial para la sociedad.

b).- FACULTAD FISCALIZADORA

La función fiscalizadora es la actividad propia y más trascendental de los Entes Reguladores, tal es así, que sin esta función su existencia carecería de valor.

Para cumplir con esta potestad los Entes Reguladores pueden solicitar información a las licenciatarias⁶⁶ amparando la privacidad de información, pueden llevar a cabo inspecciones y todo aquello que a su entender sea apto para una adecuada prestación del servicio.

La facultad de vigilancia que los respectivos Marcos Regulatorios le acuerdan a los Organismos de Control sobre el servicio regulado hace de las actividades más importantes y específicas que estos desarrollan, tal es así, que sin esta función su existencia carecería de sentido y justificación.

⁶⁶**Ley 24.076, Artículo 52, o:** *“El ENTE tendrá las siguientes funciones y facultades: o) Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesarias para verificar el cumplimiento de esta Ley, su reglamentación y los respectivos términos de las habilitaciones, realizando las inspecciones que al efecto resulten necesarias, con adecuado resguardo de la confidencialidad de información que pueda corresponder de acuerdo a lo dispuesto por la presente Ley”*

Ley 24.065, Artículo 56, n: *“El ente tendrá las siguientes funciones y facultades: n) Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesaria para verificar el cumplimiento de esta ley, su reglamentación y los respectivos contratos de concesión, realizando las inspecciones que al efecto resulten necesarias, con adecuado resguardo de la confidencialidad de información que pueda corresponder”*

Decreto 999/92, Artículo 17, c: *“FACULTADES Y OBLIGACIONES. El Ente Regulador tiene como finalidad ejercer el poder de policía y de regulación y control en materia de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el Área Regulada, incluyendo la contaminación hídrica en lo que se refiere al control y fiscalización del Concesionario como agente contaminante, de conformidad con lo establecido en este Marco Regulatorio. En tal sentido tendrá a su cargo asegurar la calidad de los servicios, la protección de los intereses de la comunidad, el control, fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes, y del Contrato de Concesión.*

Dentro de las abarcativas facultades de control que tienen, se encuentran la de solicitar al Poder Ejecutivo la Intervención cautelar de las Licenciatarias⁶⁷ o aplicar sanciones cuando motivos serios así lo justifiquen, esta circunstancia se puede presentar cuando por actividades desarrolladas por las empresas Prestadoras del servicio se ponga en grave riesgo la seguridad o los bienes de los Usuarios.

“Dichas sanciones que la autoridad de aplicación... puede aplicar, son de naturaleza administrativa y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal. En virtud de ello no es de su esencia que se apliquen las reglas generales de éste, ni se requiere dolo, solo se fundan en la mera culpa por acción u omisión, de modo que la constatación de las faltas genera la consiguiente responsabilidad del infractor⁶⁸...”

No hay que confundir la función fiscalizadora con el Poder de Policía ya que este último es la facultad que tiene el Congreso de la Nación para lograr el bienestar general.

Logra intentarlo limitando derechos individuales y resguardando por medio del dictado de leyes el respeto a los derechos reconocidos en la Constitución. Es decir, trata de armonizar los derechos individuales de las personas sin afectar de esta manera el bienestar social.

Esa facultad puede ser delegada para ser ejercida legalmente por algún organismo de la administración como son los Entes Reguladores.

A tal efecto posee las siguientes facultades y obligaciones: c) Requerir del Concesionario los informes necesarios para efectuar el control de la Concesión, en la forma prevista en el Contrato de Concesión”

⁶⁷ **Decreto 999/92, Artículo 17, p:** *“FACULTADES Y OBLIGACIONES. El Ente Regulador tiene como finalidad ejercer el poder de policía y de regulación y control en materia de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el Área Regulada, incluyendo la contaminación hídrica en lo que se refiere al control y fiscalización del Concesionario como agente contaminante, de conformidad con lo establecido en este Marco Regulatorio.*

En tal sentido tendrá a su cargo asegurar la calidad de los servicios, la protección de los intereses de la comunidad, el control, fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes, y del Contrato de Concesión.

A tal efecto posee las siguientes facultades y obligaciones: p) Requerir al PODER EJECUTIVO NACIONAL la intervención cautelar del Concesionario cuando, por culpa de éste, se den causas de extrema gravedad y urgencia que afecten el buen servicio y pongan en peligro la salubridad de la población”

⁶⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 3, fallo del 26/10/1999, “YPF S.A. c/ENARGAS-Resol. 421/97 y 478/97”

c).- FACULTAD JURISDICCIONAL

A la función jurisdiccional como una de las atribuciones de los Entes Reguladores se la denomina también “potestades materialmente jurisdiccionales”, esta potestad se encuentra en los Marcos Regulatorios del Gas y en el Marco Regulatorio de la Electricidad y es la competencia que tienen los Entes Reguladores para entender previa y obligatoriamente en las controversias que se susciten entre los sujetos de la ley. Siendo en cambio voluntaria la jurisdicción en el caso del Agua Potable.

La jurisprudencia se ha expedido en este sentido atribuyendo competencia jurisdiccional a los Entes Reguladores cuando las controversias que lleguen a su conocimiento tengan algún grado de relación con el servicio público⁶⁹.

Los tribunales se han expedido en un sin número de ocasiones sobre la potestad jurisdiccional de la administración y en lo que abarca a este trabajo sobre la facultad jurisdiccional de los Entes Reguladores.

En uno de sus fallos la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: *“el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos es uno de los aspectos que, en mayor grado, atribuyen fisonomía relativamente nueva al principio atinente a la división de poderes. [...] Constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente; al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo [...] y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera sólo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos⁷⁰”*.

⁶⁹Cam. Cont. Adm., Fed., Sala I, fallo del 20/02/1996, L. L., 1996-C, 36

Seguidamente manifestó en el mismo fallo: *“es compatible con la Ley Fundamental la creación de órganos, procedimientos y jurisdicciones especiales –de índole administrativa- destinados a hacer más efectiva y expeditiva la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones asignadas a la Administración”*

El Marco Regulatorio de la industria del Gas en su artículo 66 establece: *“Toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente”,*

En el mismo sentido el artículo 72 del Marco Regulatorio de la Electricidad reza: *“Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente.*

Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que en los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente.”

En estos casos, existe un organismo administrativo competente y especializado sobre la materia y por lo tanto es quien debe intervenir en los casos concernientes a su materia⁷¹, quedando la vía judicial habilitada una vez que se expida el primero.

⁷⁰CSJN (247- 646), fallo del 19/09/1960, “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)”

En este sentido se expresó la corte suprema en uno de sus fallos⁷² cuando sostuvo: “...*la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada con carácter estricto, debido a la excepcionalidad de la jurisdicción confiada a aquellos para conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, corresponde decidir a los jueces* ⁷³”. Algunos jueces a través de sus fallos⁷⁴ han caracterizado a los Entes Reguladores como un árbitro neutral que resuelve controversias relacionadas con la prestación del servicio público y entre los sujetos que se encuentran comprendidos dentro de la ley.

Si observamos lo referido hasta el momento, la facultad jurisdiccional de los Entes no merece dudas, sin embargo es uno de los temas mas debatidos en nuestro derecho ya que es un órgano administrativo el encargado de resolver controversias y esa función es asimilable a la de un juez.

Si semejamos su función a la de un juez, y los Entes Reguladores pueden resolver controversias, esa actividad será puramente jurisdiccional pero en este caso concerniente a la administración pública, desde aquí, encontraremos en nuestro derecho administrativo posiciones encontradas al respecto. ¿Tienen los Entes Reguladores facultad para decir el derecho ante un caso concreto? ¿Es facultad del Poder Judicial, o los órganos administrativos pueden arrogarse a decidir controversias?

⁷¹Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, T.I., 6º ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1998

⁷²CSJN, fallo del 05/04/ 2005, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución N° 71/1996- Sec. Ener. Y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”

⁷³Artículos 75 inc., 12, art.109, 116 y 117 de la Constitución Nacional

⁷⁴Cam. Con. Adm. Fed. , Sala II, “Metrogas c/ Enargas”, fallo del 09/11/1994, La Ley, 1995-B, 108

Un sector de la doctrina que niega competencia a los Entes para ejercer facultades jurisdiccionales parten del análisis del artículo 109 de la Constitución Nacional donde dice: *“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”*, interpretando esta norma fundamentan su posición para negarles a los órganos administrativos funciones que son inherentes a los jueces.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación a refutado esta postura en el caso “Ángel Estrada⁷⁵”: *“...el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los artículos 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que...prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios Constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente...”*

Ha dejado en claro que la competencia administrativa para resolver controversias es necesaria para lograr una administración eficiente, apta y lo suficientemente ágil a la demanda de la sociedad y de sus acaecimientos. Pero para que la función de la administración sea lo suficientemente legítima debe gozar de un correcto control judicial suficiente, ya que si la administración es la última instancia su pronunciamiento sería inconstitucional.

⁷⁵CSJN, fallo del 05/04/2005, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución N° 71/1996- Sec. Ener. Y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”

En este sentido es importante destacar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un interesante fallo: *“entre esas limitaciones preestablecidas figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior⁷⁶”*.

En otros de sus fallos dijo: *“una valiosa línea jurisprudencial de esta corte es la que admite el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos, bajo la condición de que sus resoluciones queden sujetas a posterior “control judicial suficiente” [...] se dijo que la intensidad del “control judicial” para que éste sea de veras “suficiente” depende de factores como “la complejidad técnica de la materia litigiosa”, “la índole y la magnitud de los intereses públicos comprometidos” y “el régimen de la organización administrativa” de que se trate⁷⁷”*.

Asimismo la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo⁷⁸: *“...cuando un administrado resulta afectado en sus derechos por la actuación de órganos de la administración pública –sea que ellos ejerzan funciones materialmente administrativas, legislativas o jurisdiccionales, en su caso-, es exigencia constitucional que puedan ocurrir ante un juez reclamando la tutela de esos derechos, es decir que exista la posibilidad de una revisión judicial suficiente de aquel obrar”*. Continuo diciendo: *“Lo realmente decisivo es que se posibilite que la actuación del organismo administrativo, en su caso, pueda ser objeto de suficiente revisión por los jueces naturales, en un procedimiento adecuado a esos fines, que respete el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos”*

⁷⁶CSJN (247- 646), fallo del 19/09/1960, “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)”

⁷⁷CSJN (LL T. 1991 C 141), fallo del 27/12/1990, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía –Banco Central)”

⁷⁸Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 4, fallo del 11/03/1997, “Distribuidora de Gas Cuyana S.A. c/Enargas – Resol. 17/94”

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 4, fallo del 26/08/1992, “Poluyan, Igor c/Estado Nacional –Fuerza Aérea Argentina”

Por su parte y en idéntico sentido la sala 5 manifestó: “...*resulta constante la jurisprudencia que ha reconocido la posibilidad por parte del Poder Ejecutivo de actuar como Juez administrativo, siempre que contra sus resoluciones se deje expedita la instancia judicial y sé de satisfacción al derecho de defensa del infractor. Como asimismo, que el control judicial de las resoluciones jurisdiccionales administrativa, debe ejercitarse para proscribir la discrecionalidad y prescindencia arbitraria de la ley*”⁷⁹”

Como vimos en el fallo citado precedentemente⁸⁰, la Corte Suprema restringe la competencia de los órganos administrativos a su materia, los conflictos que lleven a su conocimiento tienen que estar relacionados con la especialidad técnica ya que es esta especialidad la que justifica su existencia.

Por su parte el modelo de EEUU establece: “...*Conviene recordar que la atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia*”⁸¹”.

⁷⁹Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 5, fallo del 22/11/1999, “Cooperativa de Obras Serv. Públicos Asist. Y Viv. De Carcaraña c/Resolución 821/98 ENARGAS (Expte. N° 2503/96)

⁸⁰CSJN, fallo del 05/04/2005, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución N° 71/1996- Sec. Ener. Y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”

⁸¹Doctrina de los casos “Texas & Pacific Railway v/ Abilene Cotton Oil”, 204 US 426; “Far East Conference v/ Bentex Pharmaceuticals, Inc.”, 412 US 645.

d).- COMPETENCIA DE LOS ENTES REGULADORES

La competencia de los Entes Reguladores para entender en las controversias que se susciten, se encuentra circunscrita a que una de las partes sea sujeto de la ley y que las discusiones jurídicas estén relacionadas con la prestación del servicio.

No obstante ello, los Usuarios reclaman constantemente ante un incumplimiento en la prestación del servicio la reparación de daños y perjuicios en sede administrativa. ¿Resulta procedente o improcedente este reclamo en instancia administrativa?

Si tenemos en cuenta la especialidad técnica y la idoneidad en la materia que justifica la existencia de los Entes Reguladores, no serían competentes estos organismos para determinar la cuantía en un reclamo concerniente sobre daños y perjuicios, en este sentido se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ángel Estrada⁸²” cuando en su considerando 14 dice: “...*la determinación y condena al pago de los daños y perjuicios eventualmente derivados del incumplimiento del contrato celebrado con el usuario debe considerarse fuera de la jurisdicción especial atribuida al Ente Nacional Regulador de la Electricidad por el artículo 72 de la Ley N° 24.065...*”; Asimismo, en el considerando 15 continúa diciendo: “...*el poder para dirimir el reclamo de daños y perjuicios planteado por el usuario con sustento en el Derecho común, resulta extraño a las atribuciones conferidas al ente regulador por el artículo 72 de la ley 24.065*⁸³. Ello es así por que tal poder

⁸²CSJN, fallo del 05/04/2005, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución N° 71/1996- Sec. Ener. Y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”

⁸³**Ley 24.065, Artículo 72:** “*Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente*”

no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión...”

Por su lado el Dr. Belluscio en su voto expresó en semejante sentido que la decisión del ENRE donde rechaza el reclamo por daños y perjuicios interpuesto por el demandante es “...*jurídicamente irreprochable...*” por lo que el mismo debe ser resuelto con intervención del poder judicial a través de la justicia ordinaria.

En resumidas cuentas, la función jurisdiccional de los Entes Reguladores debe estar dotada de una relación con el servicio, contar con un informe técnico previo realizado por personal idóneo en la materia y respetar para las partes involucradas en una controversia tres derechos de imponderable valor jurídico, esto es, el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba y el derecho a una decisión fundada por parte de la administración, caso contrario se afectarían derechos constitucionales y el procedimiento podría ser susceptible de sufrir una declaración de nulidad.

VIII.- TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Él ultimo sujeto de la cadena de servicio es el Consumidor y también el más importante, ya que es quien paga y por lo tanto el que sustenta todo el sistema, se desprende su protección en la Constitución Nacional, artículo 42, como así también en los distintos Marcos Regulatorios (Ley N° 24.076,⁸⁴ Ley N° 24.065 y decreto N° 999/92)

Si se observa detenidamente el conjunto de normas relacionadas con los servicios públicos esenciales vamos a localizar que no solo la norma fundamental resguarda la protección hacia estos sujetos, también lo hace la ley de Defensa del Consumidor teniendo como uno de sus principales objetivos el de proteger adecuadamente los derechos de los consumidores.

Por su parte, el artículo 2 de la ley N° 24.065 expresa: *“Fijanse los siguientes objetivos para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad: a) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios.*

En el mismo sentido el decreto 999/92⁸⁵ en su titulo II establece por medio del artículo 41 los derechos de los Usuarios y por el artículo 42 sus obligaciones.

Si comparamos los tres Marcos Regulatorios percibiremos que ambos tienen similares normas para proteger a este sujeto de la cadena, donde se le otorgan las herramientas necesarias para impulsar los reclamos administrativos, a fin de hacer valer sus derechos por algún incumplimiento ocasionado por quien es el encargado de prestar el servicio.

⁸⁴**Ley 24.076, Artículo 2:** *“Fijanse los siguientes objetivos para la regulación del transporte y distribución del gas natural. Los mismos serán ejecutados y controlados por el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS que se crea por el artículo 50 de la presente Ley:*

a) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores”

Ley 24.065, Art. 2, “Fijense los siguientes objetivos para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad:

a) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios”

⁸⁵Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales

El Marco Regulatorio de la Electricidad y el Marco Regulatorio del Gas poseen características similares, el del Agua también regula en el mismo sentido, por lo tanto, lo que deben respetar es un alto grado de coherencia jurídica para brindar seguridad respetando el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Si observamos el progreso jurisprudencial relacionado con los servicios públicos donde el objeto de la controversia sean los derechos de los Usuarios, veremos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de sus fallos ha mantenido una coherencia jurídica en protección del Usuario o Consumidor.

En el año 1986, esto es, antes de la privatización de los servicios públicos la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo⁸⁶ que en materia administrativa, cuando se concede la prestación a un tercero en condiciones de privilegio mediante la figura de la licencia o concesión cualquier duda que se plantee relacionada con el servicio debe ser en contra de los licenciarios o concesionarios, ya que cuando al privilegio nos referimos se debe tomar la letra expresa de la ley y es de ahí de donde debe dilucidarse lo que el Estado a delegado.

Posteriormente al fallo citado y luego de la reforma Constitucional del año 1994 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo⁸⁷ que las cláusulas donde se confiera la prestación del servicio en condiciones monopolicas o como se le suele llamar, en condiciones de privilegio debe interpretarse de manera restringida interpretando las cláusulas en favor de los Usuarios y no en su detrimento.

⁸⁶CSJN, fallo del 11/04/1986, "Hotel Internacional Iguazú c/ Gobierno Nacional", J. A., 1987, T.II., Pág. 243

Si se observa el plexo jurídico veremos que no solo los respectivos Marcos Regulatorios tienen establecidas herramientas en protección del Usuario o Consumidor sino también los códigos de fondo. Por ejemplo, el Código Civil en su artículo 1198⁸⁸ primera parte perpetuó el principio de la buena fe.

Por medio de su artículo 1071 plasma la prohibición del abuso de derecho⁸⁹ que en materia de servicios públicos esenciales suele presentarse por la desigualada posición y contraste de conocimientos entre Concesionarios o Licenciatarios y Usuarios o Consumidores.

Existe así, un múltiple conjunto de normas en distintas ramas del derecho que aplicables al caso deben armonizarse para no contrariarse entre sí, dotando al sistema de una coherencia jurídica que funcione en protección del Usuario y no en su perjuicio.

a).- ANALISIS DEL ARTÍCULO 42 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

El artículo 42 de la Constitución Nacional se incorporó a nuestra carta magna con la reforma que se llevó a cabo en el año 1994. Es a partir de ese momento donde se comenzó a proteger de manera más implacable los llamados derechos de tercera generación conocidos comúnmente como los derechos de los Usuarios y Consumidores ya que son los más modernos, con esta reforma se salvaguardan, en lo que a este trabajo concierne, la protección y la valoración de los derechos de los Usuarios y Consumidores en relación con los servicios públicos.

⁸⁷Cam. Nac. Con. Adm. Fed., fallo del 27/12/1994, “Telintar S.A. Incidente- Y otros c/ Comisión Nacional de Telecomunicaciones”

⁸⁸**Artículo 1198:** “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión...*”

⁸⁹**Artículo 1071:** “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”

De la reforma constitucional que se incorpora el artículo 42 a la carta magna, se infiere una protección de los derechos de los Usuarios y este parece ser el objetivo que inculca la Constitución Nacional en materia de servicios públicos.

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

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

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”.

En el estudio de este artículo se desglosa que es el Estado el que debe intervenir para evitar perjuicios hacia los Consumidores y Usuarios, respetando todos los derechos que se mencionan en el primer párrafo más lo que se desprende del segundo y del tercero también.

De esta manera, se despierta en el Estado un interés jurídico muy importante, ya que lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Nacional forma necesidades muy importantes para el progreso de los individuos y de toda la sociedad, necesidades elementales denominadas primarias ya que no pueden ser satisfechas por la mano del hombre de manera personal sino que necesita del equilibrio y la participación del Estado para lograrlo, es aquí donde se tutela jurídicamente los intereses económicos, la protección de la salud,

creando mecanismos con el fin de que el mercado no sea explotado creando un perjuicio en el Usuario o Consumidor.

En nuestro país, los servicios públicos esenciales se explotan en condiciones de monopolio legal, es por este motivo que el Estado a través de sus Entes Reguladores ejerce un control amplio a fin de que no se perturbe al Usuario que es la parte más endeble y débil de esta relación, respetando los índices de eficacia y calidad preestablecidos que es lo que lleva a que la explotación del servicio se realice condiciones optimas.

Borda⁹⁰ hace una aclaración muy importante entre desigualdad cuando se refiere al Usuario o Consumidor y equilibrio que es el que debe procurar el Estado a través de sus instituciones, debiendo relacionarlos a fin de que sean ambos conceptos armonizados *“hay que hacer intersección entre las desigualdades y el equilibrio. Desigualdades, porque nadie duda de que los consumidores y usuarios –por mas libertad de mercado que se pregone- son vulnerables frente a quienes les proveen los bienes y servicios básicos para una vida decorosa y digna, y que tal vulnerabilidad frente a eventuales abusos, engaños, prácticas desleales, etc., reclama el equilibrio que el Estado democrático está obligado a dispensar”*.

En el primer párrafo del artículo 42 de la Constitución Nacional se hace una mención de los derechos de los Usuarios y Consumidores y la relación que tienen con el uso del servicio público.

Entre los derechos establecidos en la norma se encuentran aquellos que protegen los intereses económicos, el derecho a la salud que esta relacionado con la vida, el derecho de parte de quienes prestan el servicio a otorgar una información veraz y adecuada, entre otros.

⁹⁰Bidart, Germán C. Manual de la Constitución reformada, T.II, 1º ed, Buenos Aires: Ediar Sociedad anónima; 1997

En el segundo de los párrafos menciona la obligación del Estado de hacer valer los derechos mencionados en el primer párrafo por medio de las autoridades y organismos administrativos de contralor.

El tercer y último párrafo, remite a los Marcos Regulatorios de los servicios públicos, donde deberán cumplir con el mandato constitucional de dotar al sistema de un procedimiento eficiente, idóneo, para reparar las controversias que se pueden originar entre los sujetos de la ley.

Asimismo, los Organismos de Control a través de sus Marcos Regulatorios deberán propiciar el mecanismo para que participen activamente en la tarea de defender los derechos de los Consumidores tanto las provincias interesadas como los diferentes Organismos y Asociaciones del Consumidor, este tema es discutido en la doctrina ya que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios no tienen la participación en los Organismos de Control que se les debería acordar, posición que comparte este trabajo.

b). - PARTICIPACIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES

Para saber que se entiende por Consumidores, es la ley 24.240⁹¹ a través de su artículo 1º la que se encarga de definirlo: *“La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”*.

⁹¹Ley de Defensa del Consumidor

Por Usuario se entiende en el ámbito del derecho administrativo, a toda persona física o jurídica que utiliza un servicio público.

Hoy en día el término comúnmente utilizado es el de Usuario ya que como se dijo anteriormente es el que tiene plenas consecuencias jurídicas en el ámbito del derecho administrativo.

Desde el punto de vista práctico, las empresas encargadas de prestar el servicio emplean el término Cliente, pero sin consecuencias desde el punto de vista jurídico, sino con otros efectos meramente comerciales, de esta manera lo que intentan lograr son vínculos más personales.

Gordillo de la misma manera que el voto del Dr. Licht en el caso Ángel Estrada⁹² diferencia el término Cliente de Usuario, diciendo del primero que posee una libertad mayor para utilizar el servicio, pudiendo incluso elegir libremente, en cambio el segundo ya es un Cliente cautivo presidido por una relación contractual y regido ante una controversia por el derecho administrativo.

En el caso de los servicios públicos el término Cliente no es aplicable ya que la libertad de elección no se encuentra vigente en esta materia.

Si lo enfocamos desde el Código Civil, Consumidor es quien adquiere cosas pudiendo consumirlas, en cambio el término Usuario, es utilizado para quien usa del servicio.

La ley 24.240 utiliza el término Consumidor o Usuario sin realizar distinción ya que se refiere indistintamente a uno o a otro.

Existe un interesante debate de cómo debe ser la participación que se le acuerda a los Usuarios y Consumidores en la actividad que desarrollan los Entes Reguladores.

Este problema está en pleno avance en nuestro sistema jurídico, sobre todo luego de la reforma constitucional del año 1994. Pero las posiciones enfrentadas en sus fundamentos son básicamente dos:

⁹²CSJN, fallo del 05/04/2005, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución N° 71/1996- Sec. Ener. Y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”

- Una primera posición que considera al Usuario ajeno a la relación existente entre el Estado y el Concesionario.

Según esta postura el Usuario se encuentra sin legitimación para impugnar las decisiones que se toman y que están relacionadas con la actividad calificada como servicio público, por Ej. sobre asuntos regulatorios o por aspectos tarifarios. Esta postura es la que sustentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Ángel Estrada⁹³.

- La posición contraria establece que se encuentran en juego derechos subjetivos otorgados a los Usuarios, por lo que justifica que estos posean acciones que le permitan hacer valer de manera directa sus derechos en las relaciones jurídicas existentes.

El tercer párrafo del artículo 42 de la Constitución Nacional establece: *“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”*

En el caso especial del ENARGAS, se formó en abril del año 2003 la Comisión de Usuarios con el fin de cumplir con el mandato constitucional del artículo 42 y principalmente para darle participación en la defensa de los derechos de los Consumidores. En este caso el ENARGAS estaría cumpliendo con el requisito de la Constitución Nacional aunque en la practica la participación de esta comisión es muy limitada por que no produce demasiados efectos.

De todas formas, la participación práctica de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores siguen siendo materia de crítica, por Ej. Carlos F. Balbín⁹⁴ expresó: “Los marcos de regulación no han cumplido hasta el presente con el mandato constitucional de la incorporación de los representantes de los usuarios en los entes de regulación, es obvio, entonces, que el control judicial debe revestir un carácter aún más amplio y sin restricciones”.

Con respecto a las Asociaciones de Usuarios y Consumidores no hay en los Marcos Regulatorios una norma expresa que establezca su creación ni su manera de proceder con respecto a un caso, por lo que se torna aplicable al caso, de manera supletoria, el artículo 52 y 55 a 58 de la Ley de Defensa del Consumidor⁹⁵ estableciéndose aquí los objetivos y funciones de las mencionadas Asociaciones.

⁹³CSJN, fallo del 05/04/2006, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución N° 71/1996 – Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750 – 002119/96)”

⁹⁴Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho., SERVICIO PÚBLICO, POLICÍA Y FOMENTO, 2° ed., Buenos Aires: RAP S.A.; 2005, pag. 794

⁹⁵Ley 24.240. Modificada por la Ley N° 24.568, 24.787 y 24.999. Reglamentada por el Decreto N° 1.798/1994.

Artículo 52: “Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Las asociaciones de consumidores estarán habilitadas como litisconsorte de cualesquiera de las partes. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público”

Artículo 55: “Legitimación. Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del artículo 58”

Artículo 56: “Autorización para Funcionar. Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Se entenderá que cumplen con dicho objetivo, cuando sus fines sean los siguientes:

- a) Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor;
- b) Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores;
- c) Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos;
- d) Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo;
- e) Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados;
- f) Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés;

Estas Asociaciones, al igual que los Entes Reguladores deben gozar de independencia funcional ya que sino actuarían influenciados por algún poder del Estado, pero en estos caso la autonomía se extiende a toda actividad profesional comercial y productiva, no podrán participar en actividades políticas ni adquirir donaciones legados u otro beneficio de empresas de tipo comercial, privadas ni estatales, entre otras cosas, esto debido a que su fin es la protección de los Consumidores y por lo tanto no deben tener vínculo ni interés con aquellos sujetos que son pasibles de transgredir los derechos de los Consumidores.

Algunos autores consideran que la representación de los Usuarios se ve garantizada cuando algún representante de la Asociación más representativa ocupa un cargo directivo en el Organismo de Control, pero desde el punto de vista de esta trabajo, esto no es satisfactorio ni soluciona el inconveniente, ya que al formar parte del directorio estarían –las Asociaciones- inmiscuida en cuestiones donde el Ente deba ejercer la función jurisdiccional entre Usuarios y Concesionario y de esta manera estaría viciada la imparcialidad no siendo neutral el Ente Regulador al resolver una controversia.

g) Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores. En los estudios sobre controles de calidad, previo a su divulgación, se requerirá la certificación de los mismos por los organismos de contralor correspondientes, quienes se expedirán en los plazos que establezca la reglamentación;;

h) Promover la educación del consumidor

i) Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor”.

Artículo 57: *“Requisitos para Obtener el Reconocimiento. Para ser reconocidas como organizaciones de consumidores, las asociaciones civiles deberán acreditar, además de los requisitos generales, las siguientes condiciones especiales:*

a) No podrán participar en actividades políticas partidarias;

b) Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva;

c) No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras;

d) Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios”

Artículo 58: *“Promoción de Reclamos. Las asociaciones de consumidores podrán sustanciar los reclamos de los consumidores de bienes y servicios ante los fabricantes, productores, comerciantes, intermediarios o prestadores de servicios que correspondan, que se deriven del incumplimiento de la presente ley.*

Para promover el reclamo, el consumidor deberá suscribir la petición ante la asociación correspondiente, adjuntando la documentación e información que obre en su poder, a fin de que la entidad promueva todas las acciones necesarias para acercar a las partes.

Formalizado el reclamo, la entidad invitará a las partes a las reuniones que considere oportunas, con el objetivo de intentar una solución al conflicto planteado a través de un acuerdo satisfactorio.

En esta instancia, la función de las asociaciones de consumidores es estrictamente conciliatoria y extrajudicial, su función se limita a facilitar el acercamiento entre las partes”

Lo mas aceptado por la doctrina administrativa aunque con numerosas criticas, es que la participación de las Asociaciones o la representación de los Usuarios se suele dar mucho en las audiencias públicas que organizan y aplican los Entes Reguladores, estas audiencias se suelen llevar a cabo previo a la emisión de un acto administrativo de contenido jurisdiccional y es acá donde estas Asociaciones de Usuarios intervienen para representar a los Consumidores.

Decimos con numerosas criticas por que la participación de los Usuarios no esta garantizada con el solo hecho de promover una audiencia pública, ya que no todos los temas relacionados con los derechos de los Consumidores son resueltos con la realización previa de una audiencia pública.

La Procuración del Tesoro de la Nación cuando se renegociaron los contratos de concesión de los servicios públicos dijo sobre la audiencia pública: *“se ha revelado como un elemento ineficaz para conocer realmente la opinión de los usuarios y para atender sus sugerencias y expectativas⁹⁶”*.

Por su parte la Sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Federal sostuvo⁹⁷: *“El instituto de la audiencia pública[...] constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el mentado Artículo 42 de la Constitución Nacional [...] corresponde aclarar que lo expuesto no implica que la audiencia pública sea el único camino valido a seguir en el caso [...] lo insoslayable es la necesaria participación de consumidores y usuarios con carácter previo a la toma de decisiones [...] El instituto de la audiencia pública no es sino uno de los medios a través de los cuales podría tener lugar dicha participación...”*

⁹⁶Dictamen N° 145, 04/03/2003

⁹⁷Cam. Cont. Adm. Fed., Sala IV, fallo del 23/06/1998, “Yousefián, Martín c/ Estado Nacional s/ amparo Ley N° 16.986”

En un tema de tamaña importancia es imprescindible reformular los métodos, el alcance y la legitimación de estas Asociaciones de Consumidores y Usuarios para que sean los Consumidores los protegidos y no los perjudicados en la protección de sus derechos.

Las Asociaciones de Usuarios y Consumidores deben subsanar la posición de inferioridad que tienen los consumidores con respecto al prestador por Ej. en la falta de información con respecto al servicio, tarea que no solo debe ser cumplida por las Asociaciones descriptas sino también por los medios de comunicación, por el Defensor del Pueblo y por lo Entes Reguladores que en materia de información muy exiguo lo que han hecho y elaborado.

En la actualidad hay muchas incertidumbres y equivocaciones con respecto al tema.

c).- SISTEMA DE ATENCIÓN DE LOS RECLAMOS DE LOS USUARIOS

Jurídicamente es importante respetar en él tramite de un expediente dentro de un organismo descentralizado como son los Entes Reguladores el debido proceso adjetivo, esto es: el derecho de todo ciudadano a que se le respeten en él tramite, tres puntos de reconocible valor:

- El derecho a ser oído
- El derecho a ofrecer y producir prueba
- El derecho a una decisión fundada por parte de la administración.

Como explicamos anteriormente la intervención de estos Entes Reguladores es previa y obligatoria para las controversias que se susciten entre los sujetos de la ley.

El interesado en hacer un reclamo debe garantizar primeramente haber formalizado el mismo en la empresa encargado de prestar el servicio con el fin de que esta le responda su requerimiento.

Ante el caso que la respuesta sea insatisfactoria o la misma no sea respondida en los plazos fijados, el Usuario podrá interponer el mismo ante la Autoridad Reguladora a fin de que se revea su situación de acuerdo a la normativa vigente, para el caso del ENARGAS existe la resolución ENARGAS N° 124/95 modificada por la 3305/05 y la resolución 2.247/01 que reglamenta el reclamo de los Usuarios.

En este caso, el Organismo de Control podrá adoptar todas las medidas que considere adecuadas para la mejor resolución del caso, pudiendo incluso convocar a las partes a una audiencia conciliatoria para acercar los intereses contrapuesto.

El Ente respectivo resolverá el reclamo, pudiendo las partes involucradas interponer un recurso jerárquico si la decisión adoptada es contraria a sus intereses, en este caso el recurso se interpondrá ante el Directorio del Ente Regulador.

Una vez expedido el directorio y agotada la vía administrativa, es competente para su eventual revisión judicial la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ya que esta previsto taxativamente el recurso directo, garantizando de esta manera la ulterior revisión judicial suficiente a la decisión adoptada por la administración.

Cuando la jurisdicción de los Entes Reguladores es previa y obligatoria como en el caso del ENARGAS y del ENRE, estos deberán entender en la controversia y expedirse sobre la misma antes de que las actuaciones se eleven a conocimiento del Poder Judicial, es decir, en este caso será necesario agotar la instancia administrativa para que eventualmente el Poder Judicial a través de la Cámara Contencioso Administrativa Federal sea quien tenga competencia para revisar al fallo del órgano administrativo.

d).- AUDIENCIA PUBLICA

Históricamente el instituto de la Audiencia pública fue utilizado en nuestro país en el año 1967 donde se previó utilizar este mecanismo para lograr la autorización o concesión del transporte aéreo, esto se dio por medio del Código Aeronáutico con la ley 17.285.

Con la reforma del Estado, este instituto adquirió relevancia previéndolo en el sector de las comunicaciones cuando surgían situaciones graves relacionadas con el servicio.

En lo que a este trabajo se refiere, la Audiencia Pública, se incluyó con el dictado de la ley N° 24.065 y ley N° 24.076 donde expresamente se estableció la realización de Audiencia Pública sobre temas determinados.

Previo a analizar el instituto de la Audiencia Pública, es necesario entender su función. Se puede definir como la potestad de todo interesado de ejercer su derecho de defensa dentro de un procedimiento nítidamente administrativo sobre un acto de alcance particular o general a emitirse por la administración que puede perturbar sus derechos.

Si enfocamos el instituto desde el sentido práctico que tiene en la actualidad, no tiene como propósito principal garantizar el derecho de defensa hacia los interesados, sino proporcionar la participación de los sectores de la comunidad que tengan un grado de interés en el acto a emitirse.

La Audiencia Pública está cada vez más en desuso por los inconvenientes y conflictos que se fueron ocasionando a su alrededor, puede ser una herramienta útil para casos determinados y siempre que se le dé un sentido serio y formal, ya que la misma es oral, informal, de oficio, pública y rápida, es por eso que se la llama también “Audiencia de Vista de Causa”, no obstante ello, los condicionantes políticos y los intereses particulares desviaron los fines de este instrumento expeditivo que utilizado de manera adecuada puede resultar muy efectivo.

A los inconvenientes mencionados precedentemente hay que sumarle la posición de la no exigencia constitucional que se ha reposado jurisprudencialmente⁹⁸ en algunos casos.

El Marco Regulatorio de la Industria del Gas en su artículo 52 inc. 1)⁹⁹ establece como funciones y facultades del organismo de control la de organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas. Esta se llevara a cabo, como menciona el artículo 67 *“cuando, como consecuencia de procedimiento iniciado de oficio o por denuncia, el Ente considerase que cualquier acto de un sujeto de la industria es violatorio de la presente Ley, de las reglamentaciones dictadas por el Ente o de los términos de una habilitación, el Ente notificará de ello a todas las partes interesadas y convocará a una Audiencia Pública, estando facultado para disponer -previo a resolver sobre la existencia de dicha violación- todas aquellas medidas de índole preventiva que fueran necesarias”*. En el mismo sentido se expide la ley 24.065¹⁰⁰.

⁹⁸Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, fallo del 05/09/1995, “Edenor c/ Estado Nacional (Secretaría de Energía)”, L.L., T.1996-C, Pág. 445.

⁹⁹**Ley 24.076, Artículo 52, i:** *“El ENTE tendrá las siguientes funciones y facultades: i) Asistir al PODER EJECUTIVO NACIONAL en las convocatorias a Licitación Pública y suscribir los contratos de concesión y determinar las condiciones de las demás habilitaciones ad referendum del mismo*

¹⁰⁰**Ley 24.065, Artículo 46:** *“Los transportistas y distribuidores aplicarán estrictamente las tarifas aprobadas por el ente. Podrán, sin embargo, solicitar a este último las modificaciones que consideren necesarias, si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas. Recibida la solicitud de modificación, el ente dará inmediata difusión pública a la misma por un plazo de treinta (30) días y convocará a una audiencia pública para el siguiente día hábil a fin de determinar si el cambio solicitado se ajusta a las disposiciones de esta ley y al interés público”*

Artículo 48: *“Cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia de particulares, el ente considere que existen motivos razonables para alegar que la tarifa de un transportista o distribuidor es injusta, irrazonable, indebidamente discriminatoria o preferencial,*

Este instrumento de Audiencias Públicas debe ser imperativo previo a la adopción de ciertas decisiones de los Entes Reguladores, cuando expresamente este prevista su realización en la ley, previo a la emisión del acto, como por ejemplo, una revisión tarifaria, de esta manera se garantiza un procedimiento sujeto a norma y asegura la participación de los diferentes interesados (Representantes de Usuarios y Consumidores, Representantes de las Distribuidoras, Autoridades del Organismo de Control, etc.)

Sobre la legitimación para ser parte en una Audiencia Pública, la participación es muy amplia pudiendo invocarla todo aquel que tenga un derecho subjetivo o interés legítimo, ampliando la legitimación hacia las Organizaciones de Usuarios, autoridades públicas, y todas aquellas personas que puedan invocar un derecho subjetivo o interés legítimo sobre el acto que se va a emitir.

notificará tal circunstancia al transportista o distribuidor, la dará a publicidad, y convocará a una audiencia pública con no menos de treinta (30) días de anticipación. Celebrada la misma, dictará resolución dentro del plazo indicado en el artículo precedente”

Artículo 73: *“Cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia, el ente considerase que cualquier acto de un generador, transportista, distribuidor o usuario es violatorio de la presente ley, de su reglamentación, de las resoluciones dictadas por el ente o de un contrato de concesión, el ente notificará de ello a todas las partes interesadas y convocará a una audiencia pública, estando facultado para, previo a resolver sobre la existencia de dicha violación, disponer, según el acto de que se trate, todas aquellas medidas de índole preventivo que fueran necesarias”*

Artículo 74: *“El ente convocará a las partes y realizará una audiencia pública, antes de dictar resolución en las siguientes materias:*

a)La conveniencia, necesidad y utilidad general de los servicios de transporte y distribución de electricidad;

En el caso de verificar que la aplicación de una tarifa es regresiva, discriminatoria o desproporcional, los Organismos de Control previsto expresamente en el caso del Gas¹⁰¹ y de la Electricidad¹⁰² deben notificar de lo acontecido a quien esta incurriendo en tal acto y fijar la realización de una audiencia pública para posteriormente encontrar una solución mediante el dictado de una resolución. Esta facultad en materia tarifaria que los respectivos Marcos Regulatorios le acuerdan a los Entes Reguladores ha sido ratificada por la jurisprudencia¹⁰³.

En cuanto al procedimiento, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad y el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitario reglamentaron internamente su funcionamiento ya que no hay una norma que establezca su proceder.

b) Las conductas contrarias a los principios de libre competencia o el abuso de situaciones derivadas de un monopolio natural o de una posición dominante en el mercado”

¹⁰¹**Ley 24.076, Artículo 47:** “Cuando el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias de particulares, que existen motivos para considerar que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuada, indebidamente discriminatorio o preferencial, notificará tal circunstancia al transportista o distribuidor y la hará pública convocando a tal efecto a una Audiencia pública dentro de los primeros QUINCE (15) días.

Celebrada la misma, dictará resolución dentro del plazo indicado en el Artículo 46 de esta Ley”

¹⁰²**Ley 24.065, Artículo 48:** “Cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia de particulares, el ente considere que existen motivos razonables para alegar que la tarifa de un transportista o distribuidor es injusta, irrazonable, indebidamente discriminatoria o preferencial, notificará tal circunstancia al transportista o distribuidor, la dará a publicidad, y convocará a una audiencia pública con no menos de treinta (30) días de anticipación. Celebrada la misma, dictará resolución dentro del plazo indicado en el artículo precedente”

¹⁰³Cam. Cont. Adm. Fed, Sala II, fallo del 01/04/1997, “Compañía General de Gas S.A. c/ Enargas; Cam. Cont. Adm. Fed, Sala IV, fallo del 09/03/1998, “ADECUA (Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina) c/ Enargas”

IX.- TARIFA

El Estado participa activamente en la formación de los precios ya que es de su interés por la repercusión social que tiene, un incremento en el petróleo provocaría sustancialmente un paulatino aumento de la nafta y así sucesivamente, impactando de esta manera en la sociedad.

El propio Estado evalúa que las consecuencias sean lo menos regresivas posible y de esta manera lograr el mayor grado de ecuanimidad para con todos los sujetos de la ley.

Distinto sería el caso de un mercado desregulado donde tienden a subir y bajar los precios, sobre todo en una actividad o mercado competitivo. Esto confirma que la intromisión del Estado en estas actividades es fundamental para resguardar los derechos de los Consumidores.

Si analizamos la tarifa y su naturaleza jurídica, con las distintas relaciones jurídicas que se dan entre la autoridad Concedente (Estado) y la firma encargada de prestar el servicio por un lado, y quien presta el servicio y los Usuarios por el otro, corresponde afirmar que la naturaleza jurídica de la misma es de carácter contractual, ya que su existencia esta dada por el contrato celebrado entre la autoridad concedente (el Estado) y una persona jurídica privada (encargada de prestar el servicio)

Distinta es la situación enfocada desde el punto de vista de los Usuarios donde para estos la tarifa se forma por un acto administrativo de alcance general ya que participan de manera diferente¹⁰⁴ en la negociación.

Si analizamos los tres Marcos Regulatorios¹⁰⁵ correspondientes a los servicios públicos esenciales, encontraremos en cada uno de ellos diferentes facultades de los Organismos de Control relacionadas con la tarifa, entre las cuales se puede apreciar:

¹⁰⁴Bianchi, Alberto B., LA REGULACIÓN ECONOMICA. T.I., 1º ed., Buenos Aires: DEPALMA; 2001
Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo., T.II, 6º ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1998

- Participar en la conformación de la tarifa, estableciendo las bases para calcular la misma¹⁰⁶;
- Las tarifas a aplicar por el Prestador del servicio deben ser previamente aprobadas por el Ente Regulador competente¹⁰⁷;
- Los Entes Reguladores tendrán injerencia no solo en la conformación de la tarifa sino también en las modificaciones tarifarias que se lleven a cabo;

Todas estas facultades que tienen los Entes bajo análisis, son ampliamente reconocidas por la doctrina y ratificadas también por la jurisprudencia¹⁰⁸.

¹⁰⁵Ley 24.076; Ley 24.065; Decreto 999/92

¹⁰⁶**Ley 24.076, Artículo 52, e:** “El ENTE tendrá las siguientes funciones y facultades: e) Establecer las bases para el cálculo de las tarifas de las habilitaciones a transportistas y distribuidores y, controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes habilitaciones y con las disposiciones de esta Ley”

Ley 24.065, Artículo 56, d: “El ente tendrá las siguientes funciones y facultades: d) Establecer las bases para el cálculo de las tarifas de los contratos que otorguen concesiones a transportistas y distribuidores y controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes concesiones y con las disposiciones de esta ley”

¹⁰⁷**Decreto 999/92, Artículo 17, k:** “FACULTADES Y OBLIGACIONES. El Ente Regulador tiene como finalidad ejercer el poder de policía y de regulación y control en materia de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el Área Regulada, incluyendo la contaminación hídrica en lo que se refiere al control y fiscalización del Concesionario como agente contaminante, de conformidad con lo establecido en este Marco Regulatorio. En tal sentido tendrá a su cargo asegurar la calidad de los servicios, la protección de los intereses de la comunidad, el control, fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes, y del Contrato de Concesión.

A tal efecto posee las siguientes facultades y obligaciones: k) Aprobar los cuadros tarifarios y precios de los servicios que preste el Concesionario”

Ley 24.076, Artículo 52, f: “El ENTE tendrá las siguientes funciones y facultades: f) Aprobar las tarifas que aplicarán los prestadores, disponiendo la publicación de aquellas a cargo de éstos”

¹⁰⁸Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, “Compañía General de Gas S.A. c/ENARGAS”, fallo del 01/04/1997, consid. 8

Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, fallo del 09/03/1998, “ADECUA (Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina) c/ENARGAS”, consid. VII, puntos 7 y 8

La corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo sobre el tema: “en todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios –como el que vinculó a las partes- las tarifas son fijadas, aprobadas o verificadas por el poder público conforme a lo que disponen la ley o el contrato, atribución que tiene en mira consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuarios¹⁰⁹”

a).- PRINCIPIO TARIFARIO

Los principios tarifarios sobre los cuales se estructura la tarifa son:

- Tarifas justas y razonables¹¹⁰: Lo justo y razonable debe constituir un punto de equilibrio entre lo que paga el Usuario y lo que recibe el Prestador por otorgar el servicio,¹¹¹ ya que no debe ser muy alto por

¹⁰⁹CSJN (321-1784), fallo del 30/06/1998, “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional –Ministerio de Obras y Servicios Públicos- Secretaría de la Marina s/ Incumplimiento de contrato”

¹¹⁰**Ley 24.065, Artículo 40:** “Los servicios suministrados por los transportistas y distribuidores serán ofrecidos a tarifas justas y razonables, las que se ajustarán a los siguientes principios:

a) Proveerán a los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente, la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una tasa de retorno determinada conforme lo dispuesto en el artículo 41 de esta ley;

b) Deberán tener en cuenta las diferencias razonables que existan en el costo entre los distintos tipos de servicios considerando la forma de prestación, ubicación geográfica y cualquier otra característica que el ente califique como relevante;

c) En el caso de las tarifas de los distribuidores, el precio de venta de la electricidad a los usuarios incluirá un término representativo de sus adquisiciones en el MERCADO ELECTRICO MAYORISTA. A tal efecto se calculará un precio de referencia que estará conformado por el precio de los contratos que el distribuidor celebre en los términos del artículo 21 de la presente ley, el precio spot horario por nodo que resulte de lo dispuesto en el artículo 36 de la presente ley y los costos de transporte asociados, ambos con las modificaciones que se les introducen por los artículos 8° y 9° respectivamente del presente decreto; (Inciso sustituido por Art. 9° del Decreto N°804/2001 B.O. 21/6/2001. Sustitución derogada por Art. 1° de la Ley N° 25.468 B.O. 16/10/2001)

d) Sujetas al cumplimiento de los requisitos establecidos en los incisos precedentes, asegurarán el mínimo costo razonable para los usuarios compatible con la seguridad del abastecimiento”

¹¹¹**Decreto 999/92, Artículo 43:** “El régimen tarifario será establecido en el Contrato de Concesión, donde se precisarán los siguientes puntos:

a) Régimen Tarifario inicial

b) Programas y pautas de revisiones periódicas y Mecanismo de Revisión.

Las revisiones previstas serán resueltas de acuerdo con las previsiones de los Artículos siguientes, y con la intervención del Ente Regulador”

que perjudicaría al Consumidor, ni tan bajo por que desalentaría a los eventuales inversores¹¹².

- Rentabilidad Razonable¹¹³: Se le debe permitir al Prestador del servicio obtener una tasa de retorno conocida también como la ganancia de la Prestadora¹¹⁴ ya que es la manera por la cual pueden hacer frente a sus obligaciones.

En resumidas cuentas, la tarifa le debe dar la oportunidad a los Prestadores de operar en condiciones económicas y de manera prudente ya que tiene costos para prestar el servicio y desarrollar la actividad.

En este sentido se le debe garantizar una recuperación de costos que estén relacionados con la prestación del servicio, con el mantenimiento de las instalaciones y con la eficacia exigida en la prestación.

¹¹²Bielsa, Rafael, “La locución justo y razonable en el derecho y la jurisprudencia, en estudios de derecho publico”, Derecho Administrativo, T.I., 2º ed., Buenos Aires: Depalma; 1950, ps. 479 a 516

¹¹³**Ley 24.076, Artículo 39:** “A los efectos de posibilitar una razonable rentabilidad a aquellas empresas que operen con eficiencia, las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán contemplar:

a) Que dicha rentabilidad sea similar al de otras actividades de riesgo equiparable o comparable;

b) Que guarde relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios”

¹¹⁴**Decreto 999/92, Artículo 44, d:** “Principios generales. El régimen tarifario de la Concesión para la provisión de los servicios de agua potable y desagües cloacales se ajustará a los siguientes principios generales: d) Los precios y tarifas tenderán a reflejar el costo económico de la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales incluyendo el margen de beneficio del Concesionario e incorporando los costos emergentes de los planes de expansión aprobados”

b).- ASPECTOS GENERALES DE LA TARIFA

La tarifa es el importe que los diferentes sujetos de la relación jurídica que emerge por motivo del servicio público deben abonar para obtener la prestación del servicio.

La jurisprudencia analizando el servicio público de Gas sostuvo con relación a la tarifa que es el precio que paga el Consumidor por la prestación del servicio de Gas teniendo el mismo un carácter netamente reglamentario¹¹⁵, esto es así debido a que es el Estado quien establece el cuadro tarifario que será aplicable en el servicio público.

“...el poder de fijar tarifas es un poder reglamentario que compete a la autoridad administrativa¹¹⁶ ...”

El Marco Regulatorio de la Electricidad¹¹⁷ y el Reglamento del Marco Regulatorio del Gas¹¹⁸ prevén lo que se conoce como el cuadro tarifario formado por los distintos precios que van a pagar los Usuarios de acuerdo a su situación contractual.

¹¹⁵Cam. Cont. Adm. Fed., Sala III, fallo del año 2000, “Metrogas S.A. /Resolución ENARGAS 374/90 – ENARGAS”

¹¹⁶Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, fallo del 30/03/1997, “Compañía General de Gas S.A. –RQU- c/ENARGAS resol. 103/94”

¹¹⁷**Ley 24.065, Artículo 42:** *“Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que será válido por un período de cinco (5) años y se ajustará a los siguientes principios: a) Establecerá las tarifas iniciales que correspondan a cada tipo de servicio ofrecido, tales bases serán determinadas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la presente ley; b) Las tarifas subsiguientes establecerán el precio máximo que se fije para cada clase de servicios; c) El precio máximo será determinado por el ente de acuerdo con los indicadores de mercados que reflejen los cambios de valor de bienes y/o servicios. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones; d) Las tarifas estarán sujetas a ajustes que permitan reflejar cualquier cambio en los costos del concesionario, que éste no pueda controlar; e) En ningún caso los costos atribuibles al servicio prestado a un usuario o categoría de usuarios podrán ser recuperados mediante tarifas cobradas a otros usuarios”*

¹¹⁸**Ley 24.076, Artículo 42:** *“Cada CINCO (5) años el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS revisará el sistema de ajuste de tarifas. Dicha revisión deberá ser efectuada de conformidad con lo establecido por los Artículos 38 y 39 y fijará nuevas tarifas máximas de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 39 de la presente Ley”*

No esta prohibido la formación de distintas categorías de Usuarios, lo que se debe respetar es que entre los Usuarios que se encuentran dentro de una misma categoría el trato sea igualitario y no discriminatorio, es decir, tratar a los iguales como iguales¹¹⁹.

Una vez conformadas las distintas categorías, serán los Usuarios los que podrán escoger el tipo de servicio que quieran y que sea acorde a las necesidades a cubrir, ya que las categorías guardan relación con el tipo de servicio y no con las características del Consumidor.

Según la categoría en que se encuentren deberán abonar una tarifa que sea proporcional a la cantidad y calidad del servicio recibido. Ni muy alto ya que seria en perjuicio del Usuario ni muy bajo por que desalentaría las eventuales inversiones, tampoco que una categoría soporte el pago de lo subvencionada a otra, sino que cada uno debe pagar proporcionalmente a la calidad y cantidad del servicio recibido.

De esta manera la tarifa abonada va a representar la tasa de retorno que reciben las Licenciatarias por la prestación del servicio.

No obstante lo expuesto y los principios tarifarios analizados precedentemente, la tarifa debe cumplir con una serie de pautas, que son necesarias considerarlas al momento de su conformación ya que este sistema es distinto a un mercado desregulado donde los precios son establecidos por las reglas del mercado, por la oferta y por la demanda.

¹¹⁹**Ley 24.076, Artículo 43:** “Ningún transportista o distribuidor podrá aplicar diferencias en sus tarifas, cargos, servicios o cualquier otro concepto, excepto que tales diferencias resulten de distinta

Las empresas prestan el servicio a cambio de una tarifa, esta última debe ser lo suficientemente alta para permitirle al prestador otorgar el servicio en las condiciones preestablecidas (retorno suficiente) y asegurarse y permitir afrontar los altos riesgos que implica el desarrollo de la actividad (justo retorno)

Por otro lado y en relación con la tarifa, se deben cumplir con todas las notificaciones que establecen las normas vigentes de manera tal que los Usuarios puedan tomar el debido conocimiento¹²⁰ de aquello que se les va a cobrar.

Por último, está expresamente establecido que las tarifas deben surtir efectos para el futuro¹²¹ ya que si ante una modificación o conformación tarifaria la aplicación es retroactiva se afectaría la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad y el acto sería inconstitucional.

Es muy arduo y difícil conformar una tarifa o modificar la misma, por eso y con relación a todos los temas descriptos en el presente capítulo, es necesario contar con el personal idóneo, tener en cuenta los derechos de los Usuarios y Consumidores y establecer la tarifa en favor del servicio.

localización, tipo de servicio o cualquier otro distinguido equivalente que pueda aprobar el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS”

¹²⁰**Ley 24.065, Artículo 45:** “Los transportistas y distribuidores, dentro del último año del período indicado en el artículo 43 de esta ley, y con sujeción a la reglamentación que dicte el ente, deberán solicitarle la aprobación de los cuadros tarifarios que respondan a lo establecido en el artículo 42 que se proponen aplicar, indicando las modalidades, tasas y demás cargos que correspondan a cada tipo de servicio, así como las clasificaciones de sus usuarios y las condiciones generales del servicio. Dichos cuadros tarifarios, luego de su aprobación, deberán ser ampliamente difundidos para su debido conocimiento por parte de los usuarios”

¹²¹**Ley 24.076, Artículo 42**

c).- SISTEMAS TARIFARIOS

Es una tarea muy ardua el procedimiento para calcular una tarifa, por los sujetos comprometidos, por la repercusión social que tiene y por un sin numero de factores que deben ser tenidos en cuenta al momento de formar o alterar la misma.

Básicamente hay dos sistemas para calcular la tarifa, hoy en día sé continua en el intento de mejorar los procedimientos debido a que las desventajas de cada uno no pudieron ser saneadas en su totalidad, a continuación se explicaran el sistema “Rate Of Return” utilizado primogénitamente en EEUU y el modelo de “Price Cap” aplicado en sus orígenes por el Reino Unido.

EEUU (Rate of Return)

Este modelo fue el utilizado en EEUU.

Las denominadas Comisiones Independientes evaluaban los costos de las empresas controladas, una vez establecido los costos, se establecía por medio de la tarifa una ganancia razonable, de lo contrario las Licenciatarias podrían obtener aumentos desmesurados y acrecentar notablemente su beneficio perjudicando notablemente al Usuario por su posición dominante en el mercado.

Este sistema fue merecedor de algunas criticas ya que al evaluarse el capital y/ o costo invertido para luego sobre esa base establecer la ganancia de la Licenciataria, muchas veces se aumentaba el capital notablemente y en algunos casos sin necesidad, repercutiendo de esta manera en un aumento tarifario.

En resumidas cuentas, en primer lugar se evalúan las inversiones realizadas y a realizar, luego de determinar el costo se establece la llamada tasa retorno que va a percibir la prestadora, y por ultimo se conforma la tarifa de acuerdo a la cantidad de Usuarios y distintas categorías que van a usar el servicio.

PRICE CAP O PRECIO TOPE

Este sistema es el que se empleó con las privatizaciones que se hicieron en el Reino Unido, adoptado luego por la Argentina en el año 1989 con la reforma del Estado en los servicios públicos esenciales,¹²² Agua Potable, Gas Natural¹²³ y Energía Eléctrica¹²⁴.

Luego del fracaso del sistema anterior se buscaron modelos diferentes y alternos, sobre todo eficientes que evitaran los percances sucedidos con el sistema anterior.

¹²²**Ley 24.076, Artículo 42:** “Cada CINCO (5) años el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS revisará el sistema de ajuste de tarifas. Dicha revisión deberá ser efectuada de conformidad con lo establecido por los Artículo 38 y 39 y fijará nuevas tarifas máximas de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 39 de la presente Ley”

Ley 24.065 Artículo 42, b: “Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que será válido por un período de cinco (5) años y se ajustará a los siguientes principios

b) Las tarifas subsiguientes establecerán el precio máximo que se fije para cada clase de servicios”;

Artículo 43: “Finalizado el período inicial de cinco (5) años el ente fijará nuevamente las tarifas por periodos sucesivos de cinco (5) años. El cálculo de las nuevas tarifas se efectuará de conformidad con lo establecido por los artículos 40 y 41 y se fijarán precios máximos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo precedente”

¹²³**Ley 24.076, Artículo 40:** “Los pliegos de condiciones por los cuales se liciten habilitaciones de transporte y distribución o las acciones de las sociedades habilitadas como transportistas y distribuidoras incluirán, como un anexo, el texto de las respectivas habilitaciones y éstas, a su vez, contendrán un cuadro tarifario que fijará las tarifas máximas que corresponden a cada tipo de servicio ofrecido las que serán determinadas de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 38 y 39 de la presente ley”

¹²⁴**Ley 24.065, Artículo 42, b:** “Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que...: a) Establecerá las tarifas iniciales que correspondan a cada tipo de servicio ofrecido, tales bases serán determinadas de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 40 y 41 de la presente ley; b) Las tarifas subsiguientes establecerán el precio máximo que se fije para cada clase de servicios; c) El precio máximo será determinado por el ente...”

Artículo 43: “Finalizado el período inicial de cinco (5) años el ente fijará nuevamente las tarifas por periodos sucesivos de cinco (5) años. El cálculo de las nuevas tarifas se efectuara de conformidad con lo establecido por los Artículos 40 y 41 y se fijarán precios máximos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo precedente”

Es así como a partir del año 80 en el gobierno de Margaret Thatcher se avanzó en la búsqueda de este sistema cuando consideró la necesidad de privatizar las empresas inglesas que hasta ese momento eran públicas.

La eficiencia de este método llevó a que EEUU lo aplicara de manera completa y por primera vez en el año 1989, en la rama de las telecomunicaciones.

Este sistema consiste en fijar un tope máximo a la tarifa, precio que quedara firme por un periodo de cinco años, finalizados los cinco años los Organismos de Control llevaran adelante una revisión general tarifaria de donde van a surgir las nuevas tarifas a aplicarse para los próximos cinco años, las nuevas metas de eficiencia y calidad a cumplir.

En la practica el factor de eficiencia o precio tope se fija expresamente al momento de suscribir el contrato entre el Concedente y el Concesionario, al momento en entrar al cuarto año de regulación se promueve un estudio pormenorizado entre los sujetos de la ley y generalmente en sede regulatoria para establecer el precio tope que reinará para los próximos cinco años, y entrado el noveno año se repite su estudio de acuerdo al procedimiento definido.

Con este sistema el Organismo de Control le fija un precio máximo al encargado de prestar el servicio que percibirá retributivamente por su prestación, la persona jurídica encargada de otorgar el servicio deberá mantener sus costos por debajo de este máximo establecido, para conformar con el remanente la rentabilidad de su firma.

Esto no quiere decir que ante situaciones de emergencia y en casos extraordinarios se prohíba la revisión tarifaria antes de los cinco años, sino todo lo contrario y en este sentido se expide por ejemplo el Marco Regulatorio de la Industria del Gas¹²⁵.

Pero en estos casos las revisiones extraordinarias deben ser objetos de cambios sustanciales en las reglas de mercado. Se da por ejemplo el caso de que las inversiones y los costos de prestación hayan variado de manera significativa que justifiquen una revisión tarifaria fuera del periodo ordinario establecido.

Pero una revisión tarifaria fuera del plazo quinquenal no encontraría justificativo si es empleada para sancionar a quien presta el servicio por beneficios pasados, ni enmendar carencias económicas de las empresas ya que distorsionaría los fines que tuvo el legislador al plasmar este mecanismo.

Este sistema fija factores de eficiencia, a partir de allí la Autoridad de Control va a controlar la eficiencia y la calidad de la prestación de manera tal que los índices de calidad sean respetados, garantizando así, una prestación en condiciones satisfactorias.

Si no se fijara este factor de eficiencia a cumplir por quien presta el servicio, la firma no tendría un objetivo de calidad y los menoscabos y costos serian sufragados por los Usuarios, causando grandes perjuicios como los sucedidos en los periodos anteriores a la privatización.

¹²⁵**Ley 24.076, Artículo 46:** *"Los transportistas, distribuidores y consumidores podrán solicitar al Ente Nacional Regulador del Gas las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación que consideren necesarias si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas. Recibida la solicitud de modificación, el ente deberá resolver en el plazo de sesenta (60) días previa convocatoria a audiencia pública que deberá celebrarse dentro de los primeros quince (15) días de la recepción de la citada solicitud"*

El estudio para lograr este precio debe ser muy cauteloso ya que es muy difícil establecer el precio máximo, de ser bajo imposibilitaría que el Prestador compita y crezca en el ámbito de su tarea, en cambio si el precio tope es alto permitiría lograr una ganancia desproporcionada con el servicio prestado y perjudicaría al Usuario por que pagaría una tarifa mayor a la necesaria.

Es decir, ni el Estado concedente ni sus Organismos de Control fijan obligaciones hacia los Prestadores del servicio en materia de inversiones, sino que fijan condiciones de calidad e índices de eficiencia que deben ser logrados para garantizar las metas preestablecidas, de no ser alcanzadas serán pasibles de sanciones por incumplimiento.

Por ultimo, no puede dejar de mencionarse como desventaja del Price Cap el efecto que produce el intentar bajar los costos, por Ej. en algunos de los casos se despidió un numero muy importante de personal para bajar los costos y así lograr mayores ganancias logrando un impacto en el acrecentamiento del desempleo, esto es lo que sucedió en el Reino Unido entre los años 1992 y 1998 en el área eléctrica cuando la reducción del personal se ubico en el 26%.

Uno de los fines de este sistema es proteger al Consumidor como sujeto más vulnerable de la cadena de servicios ya que se trata de reducir la tarifa que este paga, logrando una prestación -como reiteradamente se dijo- en condiciones de seguridad y con un alto índice de calidad.

Insisto en que es una ardua tarea establecer el precio tope y es necesario contar con instituciones republicanas que preserven todos los derechos en juego, observando los intereses confrontados que se pueden presentar. El máximo de ganancia que puede percibir como retribución quien presta el servicio tiene como limite la protección que se le acuerda al Consumidor. Pero la tarifa económica que se le brinda a los usuarios cumpliendo con los índices de calidad y seguridad del servicio tiene como limite que el precio que reciba el concesionario no sea tan económico que afecte la competencia de mercado y el desarrollo de la actividad.

Para auxiliar todos estos intereses en necesario un trabajo serio, empresas que discutan la tarifa con fundamentos reales y representantes de Consumidores y Usuarios que participen en la discusión tarifaria con conocimientos y aptitudes.

X.- CONTROLES SOBRE LOS ENTES REGULADORES

Hasta el momento se realizó un análisis pormenorizado de la función fiscalizadora que los Entes Reguladores ejercen sobre los servicios públicos esenciales, eso no quiere decir que sus actuaciones y decisiones estén exentas de los controles de la misma administración o de los controles de los otros poderes de la república. Hay un control interno que se presenta cuando el propio Estado regula la actividad desplegada por el mismo y que le pertenece, y un control externo que como en el caso que se encuentra bajo análisis, es el Estado el que controla una actividad prestada por un tercero y que se encuentra en manos privadas.

Para comprender los distintos controles que se ejercen vamos a analizar en primer instancia aquellas revisiones que se realizan por cada caso en concreto a través de un recurso de alzada o una presentación judicial.

Posteriormente se analizarán aquellas revisiones que se realizan por cuestiones genéricas que también pueden ser interpuestas en sede judicial. Es acá donde aparecen controles que son los que Bidart Campos denomina órganos extrapoderes¹²⁶, y la Sindicatura General de la Nación, todo esto, con el fin de lograr una adecuada prestación del servicio y una protección en los derechos de los Consumidores.

¹²⁶Bidart, Germán C. Manual de la Constitución Reformada. T. III, 1º ed., Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima; 1997, pag. 53 in fine

a).- CONTROLES POR CASO

Aquí se evalúa el caso en concreto– de manera particular– de las partes intervinientes sin que la resolución adoptada ya sea administrativa o judicial impacte en el resto de la sociedad o de un sujeto que se encuentra fuera de la controversia.

Distinto sería el caso de una revisión tarifaria donde el impacto de la resolución adoptada no recae sobre un sujeto o las partes de una controversia sino que repercute sobre un grupo generalizado.

a.1).- Alzada

Todos los Entes Reguladores que se encuentran bajo análisis están situados dentro de la esfera de algún órgano de la administración central, pero ello no significa que se localice dentro, ni guarde relación de jerarquía con la administración central, esto es muy importante de tener en cuenta ya que al momento de interponer una revisión por medio del recurso de alzada, deberá interponerse ante el ministerio específico y dentro del cual se encuentren ubicados jerárquicamente.

Tanto el Marco Regulatorio de la Electricidad¹²⁷ como el Marco Regulatorio del Gas¹²⁸ establecen como una obligación de estos organismos el informar al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo sobre el funcionamiento que tuvieron y sobre las mejoras que son necesarias llevar a cabo para un óptimo control y una adecuada prestación del servicio, de esta manera se intenta dotar al sistema de todas las herramientas jurídicas para proteger los derechos de todos los sujetos regulados.

El recurso de alzada está previsto en el artículo 94 y 97 del decreto reglamentario de la ley N° 19.549¹²⁹, ya que como principio general se aplica el reglamento de procedimientos administrativos.

Por su parte el artículo 73 in fine establece: “...Los recursos podrán fundarse tanto en razones vinculadas a la legitimidad, como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público”.

¹²⁷ **Ley 24.065, Artículo 56, q:** “El ente tendrá las siguientes funciones y facultades: Someter anualmente al Poder Ejecutivo y al Congreso de la Nación un informe sobre las actividades del año y sugerencias sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público, incluyendo la protección de los usuarios y el desarrollo de la industria eléctrica”

¹²⁸ **Ley 24.076 Artículo 52, s:** “Someter anualmente al PODER EJECUTIVO NACIONAL y al CONGRESO DE LA NACION un informe sobre las actividades del año y sugerencias sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público, incluyendo la protección de los consumidores y el desarrollo de la industria del gas natural”

¹²⁹ **Decreto Reglamentario N° 1759/72 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos:**

Artículo 94: “Recurso de alzada.-Contra los actos administrativos definitivos o que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente-emanados del órgano superior de un ente autárquico- procederá, a opción del interesado, el recurso administrativo de alzada o la acción judicial pertinente”

Artículo 97: “El recurso de alzada podrá deducirse en base a los fundamentos previstos por el Art. 73, in fine. Si el ente descentralizado autárquicamente fuere de los creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, el recurso de alzada sólo será procedente por razones vinculadas a la legitimidad del acto, salvo que la ley autorice el control recurso, la resolución se limitará a revocar el acto impugnado, pudiendo sin embargo modificarlo o sustituirlo con carácter excepcional si fundadas razones de interés público lo justificaren”

Sin perjuicio de que los actos definitivos de los Entes Reguladores agotan la vía administrativa, a consideración del interesado puede interponerse un recurso de alzada, y acá es necesario nuevamente diferenciar los Entes que fueron creados por ley de aquellos creados por decreto ya que en el caso de estos últimos la revisión puede ser plena por parte de la administración.

La independencia que se busca en los Entes Reguladores con respecto a la administración no está latente en estos casos ya que se afectaría notablemente las funciones de los Entes Reguladores y el objetivo de su existencia.

Este propósito no se da en aquellos Entes Reguladores creados por ley ya que a criterio del Congreso de la Nación puede eximirse del recurso de alzada, garantizando independencia del poder político y logrando una actuación libre de influencias gubernamentales. No obstante ello si a criterio del Poder Legislativo es necesario establecer el recurso de alzada en los respectivos Marcos Regulatorios puede hacerlo como sucede en el Marco Regulatorio del Gas.

Los Marcos Regulatorios del Gas y de la Electricidad lo prevén expresamente¹³⁰, sin perjuicio de que para agotar la vía no es necesaria la interposición de la alzada para acudir posteriormente a la instancia judicial.

En el caso de la alzada, la revisión y conocimiento del superior se va a efectuar cuando exista en el pronunciamiento del Ente Regulador una evidente arbitrariedad o cuando la transgresión hacia las normas aplicables sea grave y evidente, es decir que se va a realizar un control de legitimidad y no sobre el fondo de la cuestión como puede ocurrir en el ámbito de la justicia.

En síntesis, los Entes Reguladores no dependen de poder alguno, por ello no se le deberían impartir directivas que guíen su accionar, preservando así su independencia funcional para el debido logro de sus objetivos.

¹³⁰**Ley 24.076, Artículo 70:** “Las resoluciones del Ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativos y sus disposiciones reglamentarias”

Si observamos el ya mencionado artículo 50 de la ley N° 24.076 y el artículo 54 de la ley N° 24.065 donde mencionan el ámbito dentro del cual son creados estos organismos, esa directiva es al efecto del control administrativo y para saber dentro de que esfera queda encuadrada la revisión por medio del recurso de alzada.

a.2).- Judicial

Para que la función jurisdiccional ejecutada por algún órgano de la administración sea constitucional debe coexistir la posibilidad de que el Poder Judicial pueda entender ulteriormente en ese asunto, ya que el derecho de acudir a la justicia es un derecho de todos los habitantes garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Esto es lo que se conoce como “Control Judicial Ulterior Suficiente”.

Bajo ningún punto de vista la administración puede ser la última instancia en una controversia, sino que mediante los recursos establecidos en las normas vigentes sea el Poder Judicial a través de sus magistrados quien revise la resolución dictada por la administración si las partes disponen impulsar el aparato jurisdiccional del Estado.

El acceso a la justicia plasmado en el artículo 18 de la Constitución Nacional fue ratificado por el Estado argentino al incorporarse a los distintos tratados internacionales algunos de los cuales gozan de jerarquía Constitucional como lo establece el artículo 75 inc. 22¹³¹ de la Constitución Nacional.

Ley 24.065, Artículo 76: “Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias...”

Cuando intervenga el Poder Judicial como administrador de justicia no va a efectuar una revisión delimitada sino todo lo contrario, pudiendo y debiendo analizar los hechos, el derecho y las pruebas acompañadas y ofrecidas, para luego resolver.

Ya que si en la instancia judicial la revisión se circunscribe a controlar lo actuado en la instancia administrativa sobre los sucesos y las pruebas ofrecidas, la posibilidad de una revisión judicial ulterior suficiente sería limitada y estaría contrariando los derechos constitucionales, el control judicial debe ser amplio permitiendo la alegación de hechos nuevos siempre que recaigan sobre el mismo objeto.

Judicialmente se va a revisar toda la actuación de los Entes Reguladores, pudiendo evaluar las cuestiones técnicas mediante personal especializado para garantizar una coherencia jurídica y un alto grado de razonabilidad. En este caso, el tribunal debe respetar el criterio técnico seguido por el regulador ya que es el idóneo, controlando que la autoridad de regulación no se haya apartado del criterio técnico aplicable en casos similares resueltos con anterioridad.

Como dice Gordillo¹³² *“una técnica es científica y, por lo tanto, por definición, cierta, objetiva, universal y sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual”*

Por su parte, la Cámara Contencioso Administrativa Federal sostuvo: *“...en cuanto a la apreciación de los hechos, tratándose de una materia de complejidad técnica resuelta en sus aspectos fácticos mediante un adecuado asesoramiento profesional, rige la regla relativa a que de juicios sobre extremos de esa índole sólo cabría apartarse mediando arbitrariedad”*

¹³¹Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8 y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8 y 25.

Si bien la decisión de un Ente Regulador no es vinculante para el tribunal al momento de resolver una controversia, no debe dejar de observarse el criterio seguido por el Regulador sobre el tema, en razón de su especialidad y conocimiento técnico que es lo que determinan su existencia.

Si analizamos el artículo 109 de la Constitución Nacional que reza: “*En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse al conocimiento de causas pendiente o restablecer las fenecidas*”.

Este artículo no impide que la administración a través de sus órganos formule pronunciamientos de naturaleza jurisdiccional, en el caso de los Entes Reguladores de los servicios públicos esenciales esta función está justificada por su idoneidad en la materia y su especialidad técnica, desde aquí que la prohibición del artículo 109 alcanza al Presidente y no a los Entes Reguladores como organismos de la administración.

En cuanto a la legitimación activa, los propios Marcos Regulatorios establecen quienes son los sujetos legitimados para impulsar la actividad jurisdiccional del Estado, entre ellos se encuentran:

- Los agentes del sistema¹³³.
- El Usuario ya sea como parte de una controversia colectiva como lo establece el artículo 43 de la Constitución Nacional, o como titular de un derecho afectado a su interés particular como lo establece la Constitución Nacional en su artículo 42 cuando describe sus derechos en relación con los servicios públicos.

¹³²Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo. T.I., 5° ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Pág. 10-22

¹³³**Ley 24.076, Artículo 9:** “*Son sujetos activos de la Industria del Gas Natural los productores, captadores, procesadores, transportistas, almacenadores, distribuidores, comercializadores y consumidores que contraten directamente con el productor de gas natural*”.

“*Son sujetos de esta Ley los transportistas, distribuidores, comercializadores, almacenadores y consumidores que contraten directamente con el productor*”

Ley 24.065, Artículo 4: “*Serán actores reconocidos del mercado eléctrico: a) Generadores o productores; b) Transportistas; c) Distribuidores; d) Grandes usuarios*”

- Las Asociaciones de Defensa del Usuario y del Consumidor como establece la Constitución Nacional.
- El Defensor del Pueblo también se encuentra legitimado para hacer valer los derechos de los Usuarios y Consumidores que pueden ser vulnerados por una prestación deficiente e inadecuada.

El Defensor del Pueblo y las Asociaciones de Consumidores tienen legitimación activa para impulsar un reclamo judicial en defensa de los derechos colectivos toda vez que la doctrina y la jurisprudencia así se lo reconoce. Los Marcos Regulatorios de los servicios públicos esenciales no prevén taxativamente su legitimación, pero si lo hace como norma supletoria el artículo 52 de la Ley 24.240¹³⁴.

El sujeto Legitimado puede pretender la impugnación de un acto administrativo de alcance particular o un acto administrativo de alcance general, por ejemplo, cuando se pretenda impugnar actos administrativos que tengan como objeto aplicar sanciones, impugnar actos donde el Ente Regulador ejercite su actividad jurisdiccional o bien exigir prestaciones que sean pasibles de originar controversias, en todos estos casos y en todas las situaciones que intervenga un Ente Regulador como instancia administrativa se debe garantizar la “Revisión Judicial Ulterior Suficiente”, caso contrario el acto sería nulo y contrario a nuestro ordenamiento jurídico.

¹³⁴**Ley 24.240, Artículo 52:** “*ACCIONES JUDICIALES: Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de ley. ... [Ultima parte del párrafo vetada por el Decreto 2089/93] En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público*”

Un punto importante a desarrollar es el fuero competente para entender en la controversia.

Si bien los Marcos Regulatorios habilitan a interponer la acción judicial ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, esta postura debe considerarse de manera restringida ya que concurrir de manera directa a una segunda instancia debe estar taxativamente previsto en la ley, de no ser así, las acciones en las cuales los Entes Reguladores sean parte deberían entablarse y tramitar ante el juez de primera instancia.

Una vez que se expida la administración queda habilitada la instancia judicial ante la Cámara Contencioso Administrativo Federal teniendo una sola instancia de revisión judicial, pero esta única instancia judicial para revisar la decisión del órgano administrativo no lesiona la garantía constitucional del Artículo 18 de la Constitución Nacional ya que la defensa en juicio en el ámbito judicial esta garantizado.

Esta posibilidad establecida en algún Marcos Regulatorios de acudir a una Cámara de Apelaciones sin previamente instar el proceso en la instancia anterior, recibe en materia de servicios públicos el nombre de recursos directos.

La competencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal en las cuestiones que sean partes los Entes Reguladores de servicios públicos nacionales es merecedora de numerosas criticas ya que la cámara tiene un solo tribunal con asiento en la Ciudad de Buenos Aires y genera de esta manera una gran concentración de competencia en un solo tribunal, vedando el acceso a la justicia a todos aquellos sujetos que se encuentra fuera de la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires.

Esto lleva a sostener en alguno de los casos que se priva el acceso a la justicia ya que cuando los efectos se producen en el interior del país forzosamente hay que acudir a la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal produciendo un colapso de causas en la Capital ya que no es competente la justicia Federal del interior del país.

Imaginemos la competencia de la Cámara Contencioso Administrativa Federal de la Capital Federal para entender en todas las controversias que se susciten con todos los Usuarios, Productores, Transportistas, Distribuidores, Subdistribuidores y todo ello extendido a los casi treinta y seis millones de habitantes de la República y un gran numero de Consumidores.

Como se sostuvo anteriormente, obligarlos a someterse a un único Ente y a una sola Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal con asiento en la Capital Federal sería limitar el acceso a la justicia cuando podría extenderse la competencia a los tribunales Contenciosos Administrativos Federales del lugar donde se ocasiona la controversia objeto de revisión judicial.

Esto solo se admite en el caso de un Recurso Extraordinario Federal y no es razonable ni apropiado emplearlo en los recursos directos promovidos contra los actos de los Entes Reguladores de los servicios públicos ya que las consecuencias son negativas para una buena administración de justicia.

Por otra parte, el artículo 73 de la ley 24.076 prevé el recurso directo sin necesidad de agotar la instancia administrativa, por lo que dada ciertas circunstancias se podrá acudir ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sin necesidad de que se expida el Ente Regulador¹³⁵ pero esto se aplica limitadamente y sobre determinados temas.

¹³⁵**Ley 24.076, Artículo 73:** “...Las sanciones aplicadas por el Ente podrán impugnarse ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal mediante un recurso directo a interponerse dentro de los treinta (30) días hábiles judiciales posteriores a su notificación”

b).- CUESTIONES GENÉRICAS

Al hablar de cuestiones genéricas se hace referencia a un grupo determinado de personas generalmente mayoritario.

En estos casos los efectos de la decisión adoptada por la administración o el Poder Judicial no repercuten sobre una persona en particular o la afectación de su derecho, sino que se va a encontrar involucrado un grupo mayoritario de personas.

En el caso de los servicios públicos esenciales suele pasar con las cuestiones tarifarias por la repercusión social que tiene este tema y por la gran cantidad de personas involucradas, participan en el control no solo los Usuarios sino también las Asociaciones representativas de estos, el Defensor del Pueblo e incluso el Poder Judicial si se activa el aparato jurisdiccional del Estado por algún legitimado e interesado en hacerlo, también participa en el control la Auditoría General de la Nación y la Sindicatura General de la Nación para llevar a cabo toda su actuación logrando un respetuoso criterio de equidad y justicia.

b.1).- Auditoría General de la Nación

La Constitución Nacional en su artículo 85 prevé el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación que establece lo siguiente: *“El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos será una atribución propia del Poder Legislativo.*

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada cámara. El presidente del organismo será designado a

propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoria de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”.

Como establece la norma, la Auditoria General de la Nación presta asistencia técnica a uno de los poderes del Estado, pero esta asistencia no debe significar una negación a la libre autonomía que tiene para funcionar y para emitir dictámenes según su sana crítica y su discrecionalidad.

El Poder Legislativo es el que tiene la función de controlar al sector público en sus diferentes aspectos, ya sea el económico, patrimonial, financiero y operativo, siendo complementada su tarea por los dictámenes expuestos por la Auditoria General de la Nación que es la que le va a servir al Congreso de la Nación de apoyo para fundamentar su tarea de control sobre la administración pública.

Por otra parte, la ley 24.156¹³⁶ establece en el artículo 116: “*Crease la Auditoria General de la Nación, ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional...*”

Si comparamos esta norma donde establece la dependencia de la Auditoria General de la Nación del Congreso de la Nación, con el artículo 85 de la Constitución Nacional donde no mantiene esa posición de dependencia, arribamos a la conclusión de que la Auditoria General de la Nación se encuentra encuadrada en lo que algunos autores¹³⁷ llaman órganos extrapoderes por el solo hecho de que la Constitución Nacional se encuentra en grado superior a la ley 24.156 por lo que todas las contradicciones de esta

¹³⁶Ley de administración financiera y de los sistemas de control del Sector Público Nacional

¹³⁷Bidart, Germán C, Manual de la Constitución Reformada. T.III., 1° ed., Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima; 1997

ultima con aquella se encuentran fuera de vigor y se tornan inaplicables, es decir ya no existe la dependencia de la Auditoria General de la Nación mencionada en la Ley N° 24.156, sino todo lo contrario, siendo el organismo bajo análisis totalmente independiente.

En el común de los casos cuando nos referimos al termino “*Auditoria*” solemos entenderlo como sinónimo de control, pero del artículo 85 de la Constitución Nacional parece agregársele un condicionante.

Como dice la norma “*Control de legalidad, Gestión, y auditoria de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue...*” aquí se refiere a su función fiscalizadora.

Por otro lado, la misma norma establece: “*Este organismo de asistencia técnica del Congreso...*”, es aquí donde nos referimos al condicionante que se mencionaba anteriormente, esto es el de asistir técnicamente a uno de los tres poderes del Estado tanto en los actos previos como posteriores y esta asistencia integral la lleva a cabo mediante dictámenes.

La ley 24.156 y el artículo 85 de la Constitución Nacional creado con la reforma del año 1994 tienen algunas contradicciones que exigen en la práctica del dictado de una ley reglamentaria que determine claramente el alcance del artículo 85 de la Constitución referido a la Auditoria General de la Nación.

Si observamos el ámbito de control veremos que el artículo 85 en el primer y segundo párrafo se refiere; en el primero de ellos, a *Sector público nacional* y en el segundo, a la *administración pública*, en estos casos se entiende por administración pública a todos aquellos organismos que se encuentran relacionados en algún grado con el Poder Ejecutivo, en cambio por sector público nacional daría a entender un alcance mayor, involucrando en estos casos no solo al Poder Ejecutivo sino también al Poder Legislativo y al Poder Judicial, es por ello, reiteramos, que es necesario dejar aclarado estos

temas con el dictado de una ley reglamentaria del artículo 85 de la Constitución Nacional. Mientras no sea reglamentada la norma entiendo que el Poder Legislativo y el Poder Judicial quedarían al margen de este control ya que la norma no los menciona por lo que se debe respetar la independencia de los poderes incluso en temas relacionados con el control que sobre ellos se ejercen.

Siendo los Entes Reguladores parte de la administración pública descentralizada estarán sujetos al control y a los dictámenes que emita la Auditoría General de la Nación¹³⁸ y todo lo expuesto se aplicara sobre ellos pero sin tener poder decisorio sino actividades y funciones de controlador.

b.2).- Sindicatura General de la Nación

La Auditoría General de la Nación es un control externo de la administración pública, denominado por algunos autores¹³⁹ junto con el Defensor del Pueblo, órganos extrapoderes.

En cambio la Sindicatura General de la Nación efectúa un control interno de la administración, por lo que su funcionamiento le va a ser de utilidad a la propia administración para verificar su propio sistema¹⁴⁰.

Cuando hablamos de control interno de la administración, nos referimos a toda la esfera del Poder Ejecutivo, como los organismos centralizados, descentralizados, etc.

¹³⁸**Ley 24.156, Artículo 117:** “Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contable financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del estado, entes reguladores de servicios públicos, Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos”

¹³⁹Ver cita N° 76

En estos casos el control que lleva a cabo la Sindicatura General de la Nación lo va a realizar por medio de una persona que la va a representar a todos los efectos legales investido con el nombre de Sindico General de la Nación, colaboraran con este, síndicos adjuntos para que sistematizadamente cumpla con su fin que es, ni más ni menos, que controlar internamente a la propia administración.

A diferencia de los institutos desarrollados precedentemente que no cumplen pautas de ningún poder del Estado, en este caso, como lo establece el artículo 97 de la ley N° 24.156¹⁴¹, la Sindicatura General de la Nación goza de autarquía administrativa y financiera con personería jurídica propia pero depende del Poder Ejecutivo, cuestión que no se da con el Defensor del Pueblo ni con la Auditoria General de la Nación.

En el caso de los Entes Reguladores de servicios públicos esenciales, el control interno va a ser llevado a cabo en sus aspectos administrativos y financieros por un sistema que va a conformar la Sindicatura General de la Nación conformado por Unidades de Auditorias Internas.

Estas unidades de auditorias internas responderán a un órgano superior que será la Sindicatura General de la Nación siendo este ultimo el encargado de organizar el trabajo, controlar su funcionamiento y sobre todo como principal objetivo, el resultado final.

¹⁴⁰Resol. Sigen 107/98

b.3).- Defensor del Pueblo

La actuación del Defensor del Pueblo esta prevista en el artículo 86 de la Constitución Nacional incorporada también con la reforma constitucional del año 1994, pero la creación fue anterior al año 1994 por medio de la Ley N° 24.284.

El artículo 86 de la Constitución Nacional reza lo siguiente: *“El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.*

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras.

Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial”

Si bien la designación y remoción del Defensor del Pueblo es una facultad del Congreso de la Nación, no significa que aquel dependa de este sino todo lo contrario.

Como establece la Constitución Nacional, la figura del artículo 86 no depende de ninguno de los tres poderes del Estado ni organismo administrativo alguno, por lo que su actuación es independiente poseyendo por lo tanto en su desempeño autonomía funcional.

El Defensor del Pueblo existía previo a la reforma constitucional del año 1994 con la ley 24.284, pero con la reforma constitucional se dictó la ley 24.379 que modifica la anterior.

¹⁴¹**Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional. Artículo 97:** *“La Sindicatura General de la Nación es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación.”*

Como se expuso cuando nos referíamos a la Auditoría General de la Nación, cualquier norma que contradiga el artículo 86 de la Constitución Nacional se considerara fuera de vigor tornándose inaplicable. Como dice Bidart Campos¹⁴² *“si se trata de normas anteriores a la reforma, se han de dar por derogadas; si son posteriores, se las ha de reputar inconstitucionales”*

La función del Defensor del Pueblo es la de resguardar y amparar todos los derechos, garantías, e intereses previstos en la Constitución Nacional y en las leyes, que pueden ser quebrantados por algún acto de la administración pública centralizada o descentralizada, y aquí es donde se encuadran los Entes Reguladores de los servicios públicos esenciales.

Cuando la norma dice que el Defensor del Pueblo trabaja en miras de la protección de los *“derechos, garantías, e intereses previstos en la Constitución Nacional y en las leyes”* se debería incorporar también los tratados internacionales con jerarquía constitucional incorporados por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y los demás tratados, ya que estos últimos también forman parte del ordenamiento jurídico vigente, y por ende también pueden ser dejados de lado por la administración.

Relacionándolo con los servicios públicos que se encuentran bajo estudio, el Defensor del Pueblo de la Nación en mira de proteger los derechos, intereses y garantías mayoritariamente de los Usuarios tiende a cuestionar la actividad y funciones desplegadas por los Entes Reguladores, y los encargados de prestar el servicio público regulado.

En este sentido parecería que el Defensor del Pueblo actúa cuando el hecho se consuma, pero no es así, ya que también tiene una labor preventiva indagando, investigando, percatando, objetando, etc. todo ello con el fin de que sean respetados los derechos de las personas.

¹⁴²Bidart, Germán C., Manual de la Constitución Reformada. T. III., 1º ed., Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima; 1997

La figura del artículo 86 de la Constitución Nacional no tiene poder decisorio con efectos vinculantes para las partes, pero resulta muy importante desde el punto de vista práctico los recordatorios de deberes legales ya que para cualquier órgano sería muy grave una llamada de atención del Defensor del Pueblo por desobedecer una norma o un derecho reconocido, de esta manera, su competencia y su participación es muy respetada a nivel práctico por el impacto social que posee.

En cuanto a la legitimación, tanto el artículo 86 como el artículo 43 de la Constitución Nacional lo legitiman procesalmente. En el caso del artículo 43¹⁴³ para interponer la acción de amparo, en cambio por medio del artículo 86 lo legitima procesalmente pero de manera más abarcativa, ya que lo faculta para instar todo tipo de procesos que se requiera la intervención judicial en las distintas instancias, incluso podrá interponer si el caso lo requiere el Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En un interesante fallo¹⁴⁴, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sobre la legitimación del Defensor del Pueblo para ser parte en el proceso sostuvo: *“independientemente de la significación técnico jurídica que muestra en el derecho procesal no puede sino ser entendida, inequívocamente, en la dinámica de la cláusula referida, en el sentido de aptitud para actuar en un proceso ventilado ante una instancia judicial;*

Que, en tales condiciones, no existe argumento alguno para cohibir la posibilidad de que la pretensión que eventualmente articule el Defensor del Pueblo de la Nación que circunscripta a un determinado tipo de proceso...”

¹⁴³C. N. Artículo 43: *“...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”*

En este sentido, goza de una legitimación activa desigual a la del afectado, es decir, el Defensor del Pueblo de la Nación interviene en el proceso en nombre propio para proteger derechos garantías e intereses que pueden ser afectados pero cuya titularidad incumbe a otro sujeto, pudiendo también intervenir en la protección de los derechos cuando se corra el riesgo de afectar el orden social.

Sin embargo, en la jurisprudencia no hay una posición dominante con respecto a la legitimación que se le acuerda al Defensor del Pueblo cuando interviene en defensa de los derechos de múltiples sujetos.

Sobre el tema y con un fundamento que comparte este trabajo en un fallo del año 2000¹⁴⁵ se permitió la intervención del Defensor del Pueblo en una controversia de incidencia múltiple, quien se entrometió en defensa de los derechos de los Usuarios del servicio público de Electricidad por un corte de energía eléctrica que afectó a un conjunto significativo de personas cercano a los 155.000, en esa oportunidad se sostuvo: *“Que no podía cuestionarse la legitimación de aquélla con fundamento en la legitimación individual que tenía cada uno de los usuarios para reclamar su derecho, pues el constituyente de la Ciudad le había otorgado esa legitimación a la Defensoría para accionar por los derechos individuales de éstos; máxime cuando la acción intentada resultaba, como en el caso, la más idónea para la efectiva protección de una gran cantidad de usuarios afectados por la interrupción de un servicio público”*

En el año 1994, con la reforma constitucional se incluyeron los denominados derechos de incidencia colectiva, y en estos casos resulta procedente la legitimación activa del Defensor del Pueblo de la Nación cuando en una cuestión que intervenga la justicia se trate de proteger estos derechos.

¹⁴⁴Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V, fallo del 05/10/2001, “Defensor del Pueblo de la Nación c/EN-PEN-M° E-DTO 1732 y otro s/proceso de conocimiento”

¹⁴⁵Cam. Nac. Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, fallo del 16/03/2000, “Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires c/EDESUR s/responsabilidad por daños”

En lo que es materia administrativa y que se relaciona con este trabajo, también está legitimado para reclamar en instancias administrativas por sí mismo y a nombre propio, o también por pedido de parte interesada que vea o pueda ver vulnerados sus derechos, para que no solo se respeten los derechos establecidos en el ordenamiento positivo vigente, sino también para controlar que la actuación de la administración pública no sea irregular o fuera del marco de la ley.

Por último, el Defensor del Pueblo debe respetar su límite de actuación y su competencia, acatando acabadamente el sistema republicano de división de poderes y acotando de esta manera su actuación a la esfera federal, cuestiones federales, controles y demás, pero que siempre revistan carácter y naturaleza federal.

De esta manera queda fuera de toda duda la prohibición del Defensor del Pueblo para actuar en el territorio de la provincia, mas allá de que algunas constituciones provinciales también determinan taxativamente su existencia pero en este caso en el ámbito provincial.

b.4).- Control Judicial

En razón de la brevedad nos remitimos a lo dicho anteriormente sobre el Poder Judicial cuando se evaluaron los controles por caso concreto.

No obstante ello, es aquí donde el Poder Judicial va a evaluar cuestiones de incidencia colectiva, es decir, donde este comprometido el interés de un grupo significativo de personas.

c).- FISCALIA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

La fiscalía de investigaciones administrativas se encuentra ubicado jerárquicamente dentro de la órbita del Ministerio Público Fiscal, cuyo agente público encargado de que el organismo cumpla con sus fines es el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas.

Su funcionamiento central esta basado en investigar la conducta desplegada por los sujetos que forman parte de la administración, tanto centralizada, descentralizada y cualquier persona jurídica donde el Estado tenga participación e interés.

Esta tarea fiscalizadora tiene en miras la protección del patrimonio estatal y los aportes que el Estado realice, para que no se vean vulnerados sus intereses económicos y administrativos por el accionar de sus miembros.

c).- OFICINA ANTICORRUPCIÓN

La oficina anticorrupción depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, estando encomendado el mando del organismo hacia el Fiscal de Control Administrativo.

Su actuación también alcanza a la administración pública centralizada, descentralizada y todo organismo donde el Estado tenga participación, siendo su función de relevancia la investigación de los empleados de la administración a fin de que los recursos del Estado no sean destinados a propósitos no fijados en la ley.

Si observamos el funcionamiento de estos órganos, no tienen una función general de control, como realiza la Sindicatura General de la Nación, la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo, sino que se ponen en funcionamiento ante hechos puntuales. De allí que bien podría darse que nunca tuvieran intervención de no mediar sumarios o denuncias relacionadas a la administración y sus agentes. Mientras que los otros organismos tienen por objeto la actividad de control y detectan disfuncionalidades distintas a los hechos perseguidos por la Oficina Anticorrupción y a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

XI.- CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

Nuestro país ha avanzado significativamente en la tarea reguladora de los Servicios Públicos y con relación a la protección de los derechos de los Consumidores, cuyo mandato expreso surge de la Constitución Nacional, artículo 42, considerados como derechos de tercera generación o derechos de los Consumidores.

El mandato constitucional tiene en miras la protección del más endeble en la cadena de servicio, y para lograr su cometido, son las instituciones las que deben velar por su respeto y aplicación.

Se encuentran así, normas como la Ley N° 24.076, N° 24.065 y decreto N° 999/92 que regulan el servicio de Gas, Electricidad, y Agua Potable respectivamente, introduciendo todas ellas normas protectivas del Consumidor.

Pero las funciones de los Organismos de Control, no logran ser lo suficientemente independientes en la labor de sus tareas y esto se evidencia con las designaciones en puestos relevantes por decisiones políticas y no por mecanismos establecidos legalmente. Por su parte, las Asociaciones de Usuarios y Consumidores no cuentan -en la actualidad- con una estructura ni participación suficiente para representar y hacer valer los derechos de los Consumidores.

Si no se solucionan todos los inconvenientes en torno al servicio, con seriedad y seguridad jurídica, la consecuencia inmediata será la regresión al sistema anterior, es decir a la prestación estatal. Esto conllevaría a la experiencia pasada de una ineficiente prestación en la calidad del servicio y abundantes riesgos para la salud.

Los Marcos Regulatorios y las normas que se refieren en algún aspecto al Servicio Público no han podido cumplir con el artículo 42 de la Constitución Nacional en lo referente a las Asociaciones de Usuarios y Consumidores, por lo que al ser vulnerable y en algunos de los casos deficientes la tarea de los Organismo de Control debe ser más productiva la de los representantes de usuarios dentro de los mencionados organismos.

Para sanear las deficiencias y cumplir con el artículo 42 de la Constitución Nacional, las Asociaciones representativas de Consumidores y Usuarios de acuerdo a mi propuesta, deben gozar de un espacio dentro de cada uno de los Entes Reguladores, específicamente en el área referente a los reclamos de Usuarios para que estos tomen conocimiento de su existencia.

De esta manera van a poder tomar intervención en los hechos individuales que se encuentran inmersos los Usuarios y no meramente en situaciones de gran repercusión social como puede ser una modificación tarifaria.

Asimismo, la participación dentro de los Entes reguladores debe ser independiente como mecanismo de fomento, colaboración y participación en asuntos que despiertan interés en la comunidad, gozando asimismo de autonomía financiera y presupuesto suficiente para el desarrollo de su tarea.

Su personal –como no sucede en la actualidad- debe ser idóneo con especialidad técnica para opinar fundadamente y asesorar a los Usuarios con el debido conocimiento que estas materias requieren.

Por ultimo deben gozar de la facultad de requerir información a los Entes Reguladores, a las Prestadoras del servicio, participando en forma útil y efectiva en reuniones de directorio, audiencia pública, resolución de conflicto, etc.

De esta manera se cumplirá acabadamente con el artículo 42 de la Constitución Nacional y se ejercerá una función representativa en beneficio del servicio público y en protección del más vulnerable: El Usuario.

XII.- BIBLIOGRAFIA

- Comadira, Julio R. DERECHO ADMINISTRATIVO. 1° ed. Buenos Aires: Abeledo- Perrot; 1996.
- Bidart, Germán C. MANUAL DE LA CONSTITUCION REFORMADA. T. II. 1° ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima; 1997.
- Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho. SERVICIO PÚBLICO, POLICÍA Y FOMENTO. 2° ed. Buenos Aires: RAP S.A.; 2005.
- Bianchi, Alberto B. LA REGULACIÓN ECONOMICA. T I. 1° ed. Buenos Aires: DEPALMA; 2001.
- Aguilar, Valdez O. Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de los servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración. Con especial referencia al ente regulador del gas y de la energía eléctrica. Universidad Austral. Anuario de Derecho. Numero I. Buenos Aires: Abeledo Perrot; 1994.
- Marienhoff, Miguel S. Tratado de derecho Administrativo. T. I. 5° ed. Buenos Aires: Abeledo- Perrot; 1995.
- Cassagne, Juan C. Derecho Administrativo. T. I. 6° ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1998.
- Cassagne, Juan Carlos. La regulación económica. 1° ed. Buenos Aires: Ábaco; 1996.
- Canosa, Armando N. Los recursos administrativos. 1ed. Buenos Aires: Ábaco; 1996.

- Barra, Rodolfo C. Principios de derecho administrativo. 1 ed. Buenos Aires: Ábaco; 1980.
- Mairal, Héctor A. Control judicial de la administración pública. T. II. 1 ed. Buenos Aires: Depalma; 1984.
- Gordillo, Agustín. Tratado de derecho administrativo. T. I. 3° ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo; 1995.
- Gordillo, Agustín. Tratado de derecho administrativo. T. II. 2° ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo; 1991.
- Quiroga Lavie, H. Constitución de la Nación Argentina Comentada. 2° ed. Buenos Aires: Zavalia; 1997.
- Escola, Héctor. Compendio de Derecho Administrativo. T. I. 1° ed. Buenos Aires: Desalma; 1990.
- Gelli, María A. Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada. 1 ed. Buenos Aires: La Ley; 2003.
- Maiorano, Jorge L. El Ombusman. Defensor del Pueblo y de las Instituciones republicanas. 2° ed. Buenos Aires: Macchi; 1999.
- Ekmekdjian, Miguel A. TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. 1 ed. Buenos Aires: Depalma; 1999.