



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

“Situación jurídica actual de los nuevos entes reguladores”.

2008

Tutor: Dr. Raúl René Maiztegui.

Alumno: Pablo Jesús Angelero.

Fecha de presentación: 12 de septiembre de 2008.

Resumen

El presente trabajo comienza con un análisis de las condiciones imperantes tras el proceso de privatizaciones en nuestro país, se hará hincapié en el contexto político, en el proceso privatizador en sí, como así también a la relación existente entre la llamada regulación económica y los servicios públicos, para finalmente arribar a breves reflexiones al respecto.

Posteriormente a ello intentaremos brindar una noción de ente regulador, a fin de comprender mejor esta cuestión. También analizaremos a partir de la crisis desatada en nuestro país en el año 2001 los efectos provocados en los entes reguladores, para finalmente ingresar de lleno en las estructuras organizativas de diversos entes, a fin de ir comprobando la manera en que cada uno está constituido lo que sin dudas nos sumerge en una de las premisas básicas de este trabajo la cual es la necesidad de fijar un régimen uniforme para dichos organismos.

Habiendo ingresado de lleno en la problemática de los entes reguladores haremos mención a otro de los problemas que aquejan a los mencionados organismos y este se trata de la extensión de sus competencias y es aquí donde analizaremos a cada una de ellas.

A continuación y en miras de hacer un análisis más exhaustivo desarrollaremos con mayor amplitud la cuestión de las facultades jurisdiccionales a partir de un importante pronunciamiento judicial, allí haremos algunos comentarios y críticas al mismo en miras de contribuir a brindar soluciones alternativas a las problemáticas planteadas.

Finalmente brindaremos algunas conclusiones como así también algunas propuestas a fin de colaborar aunque sea someramente en el avance de soluciones de esta problemática.

1.- Área

Derecho Público

2.- Tema

Entes Reguladores de Servicios Públicos.

3.- Título

Situación jurídica actual de los Nuevos Entes Reguladores en Argentina.

4.- Problema

¿Cuáles deberían ser los contenidos de una ley marco de entes reguladores en Argentina?

5.- Hipótesis

La ley marco de entes reguladores en Argentina deberían contener un régimen común aplicable a los diferentes entes, a fin de uniformar su estructura básica, determinar claramente sus competencias como así también el alcance de su jurisdicción.

5.1. - Puntos que se probarán y defenderán

5.1.1.- La ley marco de entes reguladores de la República Argentina debe fijar un régimen común aplicable a los diferentes organismos.

5.1.2.- La sanción de una ley marco de Entes Reguladores deberá uniformar las estructuras básicas de los mismos.

5.1.3.- El texto de dicha ley deberá establecer claramente su competencia

5.1.4.- La ley marco de entes reguladores deberá dedicar especial atención al real alcance de las facultades jurisdiccionales en particular.

6.- Objetivos

6.1.-Objetivos Generales

6.1.1.- Delinear las características comunes a todos los entes reguladores.

6.1.2.- Analizar los efectos jurídicos provocados por la carencia de un modelo único de regulación y control.

6.2.- Objetivos Específicos

6.2.1.- Describir los diferentes modelos de Entes de Regulación y control de nuestro país.

6.2.2.- Proponer modificaciones a la regulación jurídica actual de los entes reguladores.

7.- Marco Teórico

A partir de la sanción de la ley 23.696¹, se puso en marcha el proceso de privatizaciones de servicios públicos en Argentina, de esta manera comenzaron a

¹ Ley 23.696 de Reforma del Estado. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/23696.htm>]. [Última consulta 09/09/08].

crearse entes reguladores cuya misión consistió en velar por su normal funcionamiento.

Este proceso de reforma ha merecido desde un principio innumerables críticas fundamentalmente por la escasa participación y control por parte del Estado.

Si bien existió un plan para privatizar estas empresas, no se manifestó un plan en la creación de marcos regulatorios y sus organismos de control.

La labor se limitó solamente a establecer para cada sector (electricidad, gas natural, agua, telefonía básica, vías de comunicación y transporte) a privatizar, a nivel nacional, marcos de regulación con procedimientos propios para cada uno, sin pautas armonizadas dentro de una estrategia o política general que reflejara las adecuadas necesidades del interés público.

Esta gran responsabilidad que recayó sobre el Estado en la cesión de los servicios públicos no fue debidamente pensada, valorada y ejecutada en la década del 90, su subestimo la labor del Estado regulador y controlador y por lo tanto se suscitaron desviaciones en la supervisión y control de las empresas privatizadas a cargo de estos servicios públicos.

Los únicos órganos del Estado nacional que fueron exceptuados de ese proceso de intervención fueron las Universidades Nacionales².

² Ley 23696 de Reforma del Estado. Art. 2. [en línea]. [Citado 20/07/08]. [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/23696.htm>]. [Última consulta: 01/08/08].

Como lo afirma vasta doctrina y en particular Jorge Edmundo Barbará "...las leyes que dispusieron las privatizaciones no tenían previsiones en materia de entes de regulación ni entes de control...³".

Asimismo sigue afirmando la doctrina que es de suma importancia una ley que regule los servicios públicos el cual adquirirá una importancia significativa porque este instrumento debe transformarse en una herramienta definitiva que fije los grandes lineamientos regulatorios.⁴

Por su parte señala Roberto Dromi que "...no existe un modelo de Ente Regulador. Nos encontramos ante una necesidad de orden normativo, de la existencia de un modelo de Ente de Regulación y control de los servicios públicos. Por el contrario, nos enfrentamos a un modelo de atipicidad. Para contar con un modelo de desarrollo y crecimiento, para volver a crecer, debe preverse la política regulatoria en materia de servicios públicos, y ello hace necesario que contemos con entes de regulación y control homogéneos y estables, que reúnan características de identidad y continuidad, establecidos en una ley orgánica, al modo de las Universidades..."⁵.

³ BARBARÁ, Jorge Edmundo. Después de la crisis del Estado privatizador en Argentina, regulación y control: ¿a cargo de quién y hasta dónde? VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. [en línea]. [Citado 20/07/08]. [Disponible en Internet: <http://unpan1.un.org/intrdoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047122.pdf>]. [Última consulta: 01/08/08].

⁴MARTÍNEZ DE VEDIA, Rodolfo. La necesaria reforma en la regulación de los servicios públicos.01/04/2005.Revista Rapdigital. [en línea]. [Citado 20/07/08]. [Disponible en Internet: http://rapdigital.com/xnovedades_y_noticias.php?pagina=2&por_pagina=25&pid=49&orden=fecha]. [Última consulta: 01/08/08].

⁵ DROMI, Roberto Derecho Administrativo. 11º edición. Buenos Aires – Madrid – México: Ciudad Argentina – Hispania Libros; 2006.

La importancia del diseño institucional de los entes reguladores radica en el hecho de que su misión es la maximización del bienestar general.⁶

En este trabajo pretendemos analizar la determinación de los efectos jurídicos provocados por la carencia de este modelo único de regulación y control es decir de las reglas estrictas a las cuales el Poder Administrador debería ceñirse sin ninguna posibilidad de apartamiento de las mismas para el desarrollo de sus facultades.

Finalmente y a modo de adelanto de lo que desarrollaremos en nuestro trabajo, entendemos que, es de suma importancia el dictado de dicha normativa, la cual establezca un régimen común a todas las regulaciones. Y tal como lo señala Cassagne se logre a través de “... la sanción de una ley, que sin unificar los marcos regulatorios existentes, ni afectar la estabilidad de las concesiones otorgadas, proporcione un régimen común aplicable a todos los servicios públicos que sean objeto de la regulación, con independencia o no de su aplicación analógica a las actividades que, no obstante hallarse reguladas, no configuran servicios públicos sino actividades de interés público...”⁷

⁶ Entes Reguladores (Y a ellos quien los controla). [en línea]. [Citado 20/07/08]. [Disponible en Internet: http://www.simoniello-henn.com.ar/pages/activo/opinion/imgs_docs/opinion0010.doc]. [Última consulta: 01/08/08].

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. Presente y futuro de la regulación económica. Ediciones La Ley 1996 C, pág. 1122.

Capítulo I

SURGIMIENTO DE LOS NUEVOS ENTES REGULADORES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El contexto político. 3. El proceso privatizador de los '90. 4. El Sentido de la Regulación Económica. 5. La Regulación económica y el Servicio Público. 6. Regulación y bs Nuevos Entes Reguladores Nacionales.

1. Introducción

La transferencia de servicios públicos al sector privado durante la década del '90 arrancó con significativos cambios en la estructura del Estado. Es así que entre otras modificaciones a la estructura mencionada, surgieron los Nuevos Entes Reguladores.

A partir de una breve descripción de las condiciones imperantes tras el proceso de privatizaciones de los servicios públicos domiciliarios, en el presente capítulo intentaremos poner en consideración algunas de las problemáticas que se advierten en torno a la creación de los Nuevos Entes Reguladores. Más precisamente intentaremos buscar soluciones, tal como lo detalláramos en nuestro primer punto de tesis, en lo referente a si estos Nuevos Entes Reguladores creados en el proceso transformador del Estado cuentan con un régimen único al cual todos ajustan su estructura organizativa o si por el contrario han sido creados sin tener en cuenta esta particularidad, lo que a todas luces constituye una falencia por cuya superación abogamos.

Para alcanzar este objetivo analizaremos diferentes cuestiones, entre ellas el contexto político que se viviera en aquellos momentos, el proceso privatizador en sí mismo, el sentido que tuvo la regulación económica en nuestro país, como así también la relación existente entre la regulación Económica y el Servicio Público.

Finalmente, habiendo comprendido el contexto en el cual los Nuevos Entes Reguladores Nacionales han surgido, brindaremos una reflexión al respecto en miras de contribuir aunque sea someramente en la formulación de propuestas que contribuyan a determinar cuáles serían las características comunes que deben presentar los mencionados organismos.

2. El contexto político.

El 8 de julio de 1989, cinco meses antes de la fecha de asunción del mandato original, en pleno proceso hiperinflacionario y en medio de una profunda crisis política, económica y social, asume la presidencia de la Nación el doctor Carlos Saúl Menem, sucediendo en el cargo al Dr. Raúl Alfonsín.

En el mensaje que ese día pronunciara el nuevo presidente ante la Asamblea Legislativa sentó las bases de una profunda reforma del Estado. Anunció entonces la necesidad de descentralizar y desconcentrar el Estado. Para ello consideró necesario dar a las provincias y municipios participación en las cuestiones que pudieran ser resueltas por ellas. Dijo entonces el Presidente de la Nación: "Todo aquello que puedan hacer las Provincias autónomamente, no lo hará el Estado Nacional. Todo aquello que puedan hacer los Municipios, no lo hará el Estado Nacional"¹.

La idea era entonces transferir a la esfera provincial y municipal todos aquellos cometidos que las provincias y municipios podían asumir por sí. Disponer que la descentralización que prescribe nuestra Constitución Nacional no fuera tan sólo de autoridades, sino que se reflejara en una participación real en las grandes cuestiones nacionales. El entonces Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación, y artífice de la ley de Reforma del Estado, doctor José Roberto Dromi sostenía: "Debemos redefinir el sistema federal sobre la base de la participación igualitaria de todas las provincias, poniendo en sus manos el protagonismo de las economías regionales, la explotación de los recursos naturales y la gestión entre sí y con la Nación de empresas federativas e ínter estadales".²

Esa descentralización comprendía en el ámbito de los servicios públicos dejar a cargo de las provincias y municipios el trato directo con el usuario del servicio.

Ante esta insostenible situación política, social y económica se dictaron las leyes 23.696 (Reforma del Estado) y 23.697 (Emergencia Económica), la primera posibilitó el inicio del proceso de reforma, mientras que la segunda abrió las puertas a capitales privados provenientes de mercado internacional.

La urgencia con la que se decidió emprender la primera etapa de este proceso de reforma del Estado, centrada en la privatización y concesión de empresas de Servicios Públicos estatales estuvo motivada por dos causas: a) la necesidad política de dar respuestas rápidas en un contexto desfavorable marcado por las consecuencias sociales heredadas del decenio anterior centradas en la hiperinflación, y b) la necesidad económica de frenar el desbarajuste de las cuentas públicas.

En aquel contexto existieron requerimientos políticos basados en la necesidad de obtener recursos a fin de mejorar rápidamente los servicios prestados por el Estado.

Fue también a consecuencia de aquellos requerimientos que no se tuvieron en cuenta requisitos básicos al momento de privatizar, por ejemplo otorgando grandes concesiones de empresas de servicios públicos tales como Obras Sanitarias, Gas del Estado, entre otras, como así también otras grandes empresas que estaban aún en condiciones de competir en una economía de libre mercado tales como YPF y Aerolíneas Argentinas.

En este contexto adquirió gran importancia práctica la definición de marcos regulatorios y entes de control encargados de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las prestatarias de servicios públicos adjudicados.

Sin embargo esto no sucedió inmediatamente, sino que hubo un desfase entre la llamada privatización de Servicios Públicos y la creación de marcos regulatorios y organismos de control, provocando graves inconvenientes fundamentalmente en quienes

resultaron ser en la mayoría de los casos los grandes perjudicados; nos estamos refiriendo a los usuarios y consumidores.

Es loable remarcar en estos primeros pasos de nuestro trabajo que si bien fué manifiesto el ritmo vertiginoso con el cual el gobierno emprendió la reforma, también es cierto que los requerimientos políticos mencionados anteriormente han sido condicionantes en la labor del Estado y quizás las citadas incidencias hayan sido la raíz de la deficitaria aplicación práctica de este proceso de transformación.

Es así que habiendo brevemente contextualizado la situación que se vivía en aquellos momentos pasaremos a analizar el proceso privatizador en sí mismo.

3. El Proceso Privatizador de los '90.

En principio y antes de ingresar de lleno en el proceso privatizador de los años '90, podemos comenzar diciendo que, “el sistema que rigió en la Argentina desde 1946 hasta 1989 se caracterizó por la concentración de los poderes regulatorios en las propias empresas estatales prestatarias de esos servicios, sin dejar de reconocer un margen para el ejercicio del poder de policía por parte de los órganos de la Administración Central, el cual se mostró al menos insuficiente para lograr un buen desenvolvimiento de las actividades y, más aún, para el logro de una prestación eficaz y eficiente de los mismos para con los particulares”.³

Por su parte también es prudente afirmar que los entes reguladores no han sido creados con la reforma de 1989, pues antes de ella existían numerosos ejemplos y entre los cuales pueden mencionarse a la Junta Nacional de Granos y el Banco Central de la República Argentina entre otros.

En lo que respecta a las empresas prestatarias de Servicios Públicos en aquellos momentos las mismas se encontraban en poder del Estado y tal como lo señala Jorge Edmundo Bárbara, posiblemente el espíritu que animaba a todas estas empresas estatales, “en teoría” consistía en que las mismas estaban exentas del principio lucrativo y egoísta propio de las empresas privadas, y por esa razón, podían satisfacer de manera plena las necesidades de los usuarios. Por lo demás, si algo andaba mal, el malestar de los usuarios, también suponía iba a ser escuchado por la autoridad pública respectiva, quien a través de la acción política pertinente, rectificaría inmediatamente las conductas extraviadas.⁴

Sin embargo, y a partir de los años 80 la concepción del Estado interventor colapsa, haciéndose más evidente en el área de los servicios públicos, los cuales eran brindados de manera monopólica o cuasi monopólica por el Estado.

Esta cosmovisión política – institucional que enmarcaba la acción del Estado en aquel supuesto, era brindada por el denominado Estado de Bienestar. Este concepto de Estado intervencionista fue sucedáneo del denominado Estado liberal de derecho o Estado liberal burgués tal concepción, y siguiendo con el pensamiento de Jorge Edmundo Bárbara; afirmaba que la vigencia de los derechos fundamentales clásicos requería el correlato instrumental de un Estado limitado o no intervencionista.⁵

Lo expuesto más arriba implicaba básicamente que para el ejercicio de las libertades civiles se requeriría el abstencionismo de la intervención estatal, dejando que estas se rijieran por el libre juego de fuerzas, es decir por la oferta y demanda; de esta manera y con un total respeto a dicha autonomía en ese aspecto social, se lograría el total cumplimiento en forma simultánea de los intereses individuales y colectivos o generales, en razón de dicha autonomía en tal ejercicio de la libertad.

Sin embargo, esto no sucedió de la manera esperada sino que por el contrario significó el avance del fuerte (en sentido económico) sobre el débil.

Fue en 1989 como mencionáramos con anterioridad, durante la Administración del Presidente Menem y basándose en estos principios liberales que se llevaría adelante la llamada “Reforma del Estado”. Este proceso privatizador tuvo como consecuencia inmediata que el Estado abandonara su rol de empresario para encarar el de regulador.

Toda esta impronta contó con el apoyo del Congreso quien sancionó, con el acuerdo generalizado de los partidos representados en el Parlamento, la ley de reforma del Estado N° 23.696, la cual en su art. 1° se declaró la “emergencia administrativa” abarcativa de la totalidad de los organismos del Estado en materia de prestación de servicios públicos. Los únicos organismos que fueron exceptuados de ese proceso de intervenciones fueron las universidades Nacionales (art. 2°. Ley 23.696⁷).

“...Semejante amplitud de los sectores estatales a privatizar y desregular y semejante cesión de facultades al Presidente de la República para perfeccionar, cuanto antes, aquella finalidad, no fue acompañada por ninguna previsión que razonablemente estableciera los marcos regulatorios y los entes que debían tener a su cargo el control – y regulación – de los sectores a privatizar...”.⁸

De manera casi simultánea se sancionó la ley 23.697⁹, de “emergencia económica”, la cual, “en ejercicio del Poder de Policía de Emergencia del estado” dispuso por un lado, la suspensión de todo tipo de subsidios y de subvenciones provenientes del tesoro nacional así como la suspensión de los regímenes de promoción industrial y minera y, por otro lado, derogó toda limitación a la inversión de capitales extranjeros, garantizándole igualdad de trato a aquellos capitales con el capital nacional en relación a inversiones en actividades productivas.

Esta ley, que generosamente abría las puertas a los capitales extranjeros para inversiones requeridas en el proceso de privatizaciones, no contenía previsiones en materia de marcos regulatorios ni entes de control.

Manifiestamente en estos años nuestro país ingresó en una tendencia de transformación de estructuras estatales, a través de políticas que principalmente pueden resumirse en la privatización de empresas públicas, la desregulación y la descentralización.¹⁰

Pero este programa económico neoliberal para poder ser llevado a cabo requirió del apoyo incondicional de grandes grupos económicos locales, como así también de acreedores externos (Organismos de Crédito Mundiales).

Con este apoyo, las privatizaciones y el Plan Brady¹¹ permitirían el restablecimiento del pago de la deuda externa por medio de la capitalización de títulos de la deuda en la transferencia de activos estatales (rescate de bonos de la deuda externa).

En el caso de los grupos económicos locales y de los conglomerados extranjeros radicados en el país, esta reforma significaba la apertura de muchos mercados y áreas de actividad con un reducido (o como se pudo comprobar luego, inexistente) riesgo empresarial, en la medida en que se trataba de la transferencia o concesión de activos a ser explotados en el marco de reservas legales de mercado en sectores monopólicos u oligopólicos, con ganancias extraordinarias garantizadas por los propios marcos regulatorios.¹²

Podemos afirmar que el proceso privatizador en Argentina contó con varios aspectos en gran medida cuestionables tales como: a) la subvaluación de activos; b) despreocupación por el saneamiento previo de las empresas; c) despreocupación por

difundir las tenencias accionarias de las empresas; d) deficiencias e insuficiencias regulatorias y normativas; e) desatención en materia de defensa de la competencia y del competidor; f) distorsiones en la estructura de precios y rentabilidades relativa de la economía¹³.

No podemos negar que este controvertido proceso de reforma obtuviera buenos resultados políticos y económicos: el ingreso de capitales, el crecimiento del consumo doméstico, la renegociación de la deuda externa y la consolidación de nuevas bases y condiciones refundacionales del desenvolvimiento económico y social del país.

En este contexto, no se comenzó a desarrollar el programa por empresas de menor significación económica, sino todo lo contrario, las primeras de ellas fueron Aerolíneas Argentinas y ENTEL, de nada importaron aquí los costos de aprendizaje privatizadores ya que es indudable que se priorizaron las urgencias político institucionales frente a los grupos económicos.

De esta manera y tal como señala Azpiazu¹⁴ tal conducta estatal “permitió saldar de forma superadora el conflicto existente entre las fracciones predominantes del capital (interno y externo). Por otro lado, como consecuencia de ello, garantizó al gobierno de Menem el contar con un sólido apoyo político, sobre el cual sustentar su consolidación de poder”.

Fue entonces que este retorno a los sistemas de gestión privada de los servicios públicos transformó el papel que venía cumpliendo el Estado hasta el momento de las privatizaciones, convirtiéndolo en árbitro de una nueva situación, al tiempo que se produjeron una serie de desprendimientos o segregaciones de actividades que, no obstante no calificarse como servicios públicos, aparecieron regulados por el Estado en

virtud del interés público que trasuntaban las respectivas prestaciones y su evidente conexión con aquello que estrictamente se reserva para el servicio público.¹⁵

Esta fue, pues, la matriz legal del proceso de Reforma del Estado a través de privatizaciones y desregulaciones que tuvieron lugar en los noventa y el consenso con el que contaron fue una de sus principales características, consenso que por cierto fue constituyéndose por el propio accionar de Estado, nos referimos a la deteriorada calidad de prestaciones de servicios brindada en aquellos momentos.

Debido a lo precedentemente expuesto podemos sostener que la defectuosa y deficitaria en algunos casos, situación de las empresas, fue lo que legitimó el explícito objetivo del gobierno de mejorar el servicio. Esto aparejó, como contrapartida, que la rapidez con que se llevaron a cabo las mismas no permitiera el necesario saneamiento de ellas a los efectos de mejorar su precio.

En definitiva decimos que las privatizaciones consistieron en trasladar el por ellos mismos criticado monopolio estatal a un monopolio privado. Agravado por la precariedad en la cual se apoyó tan significativo proceso. Precariedad manifiesta fundamentalmente en la débil intervención del Poder legislativo en la elaboración de normas, el desajuste temporal entre el traspaso de los servicios y la creación de los marcos regulatorios.

Tal como señala el mismo Jorge Edmundo Barbará¹⁶, este proceso de privatizaciones de los noventa ha sido sometido a una serie de críticas cuya síntesis puede resumirse en que ese proceso tuvo por resultado la “priorización de intereses privados por sobre los intereses colectivos”.

Todo este proceso de reforma del Estado fue conocido también como el proceso de regulación económica de los servicios públicos.

4. El Sentido de la regulación económica.

La regulación económica tuvo por objeto obtener una mayor eficacia en la consecución de objetivos estatales. Esto se intentaría lograr a través de la reafirmación de la importancia del elemento eficacia en el obrar estatal, plasmado mediante el reconocimiento de este objetivo en el ordenamiento positivo y buscando caminos alternativos que permitieran alcanzarlos de la manera más rápida y con los menores costos posibles. Pensamos que estas motivaciones fueron surgiendo debido a la incapacidad de la intervención estatal para mostrarse como un instrumento capaz de satisfacer correctamente las necesidades indispensables de la comunidad en su conjunto.

Al decir de Juan Carlos Cassagne la “regulación económica” constituye una de las funciones esenciales del Estado que se configura básicamente –en su dimensión normativa- como una típica emanación del denominado poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad en el campo económico a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los cuales se ubica la protección de los usuarios).¹⁷

Su necesidad apareció como un correlato del servicio público con el objeto de armonizar los poderes de los prestatarios con el interés de los clientes o usuarios y, más todavía, con el interés más genérico de la comunidad, interés público en suma. Desde luego, expresa Cassagne, ni el grado ni la intensidad de la regulación pueden ser ilimitados ni absolutos, siendo mayor en aquellos supuestos donde existan situaciones de monopolio o exclusividad, aunque no todo servicio público tiene per se estas características. En menor grado, también están alcanzadas por las regulaciones administrativas las llamadas actividades de interés público. En la actualidad se ha

venido sosteniendo que la regulación económica tiene un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, ente otras, la función de estimular y proteger la libre competencia¹⁸ en beneficio de los consumidores, lo que implica adoptar, en forma previa o concomitante, una política de segmentación de los diversos mercados junto a la desregulación de las actividades comerciales o industriales con el objeto de afirmar las libertades básicas del mercado. De lo contrario – el ámbito donde se encuentran oferta y demanda – recibiría señales falsas o artificiales alterándose el sistema natural de formación de los precios y las condiciones de las transacciones que inciden sobre ellos.

Asimismo, Ismael Mata¹⁹ nos acerca un concepto de regulación más acotado y concreto. Expresa que “La regulación es una política pública consistente en una restricción o interferencia de las actividades de un sujeto regulado por alguien – sujeto regulador – que no desarrolla dichas actividades y que dicta las reglas restrictivas y controla su cumplimiento en forma continuada”.

De allí que el último autor citado, extrae o destaca las siguientes características de dicho concepto:

- a. – La regulación es una acción distinta y externa a la actividad reguladora.
- b. – Es una limitación a la libertad del regulado.
- c. – Es una política pública, por lo cual responde a un interés general o público.
- d. – Presupone un patrón, rol o modelo, que no es otra cosa que la conducta deseada del regulado. Esta conducta (acción u omisión) está contenida en la norma o criterio regulatorio y la verificación de su cumplimiento es la tarea de control (contre role o confrontación con el patrón).

El cometido regulatorio es un proceso permanente, dinámico, de ajuste, lo que se advierte con claridad en la prestación de servicios públicos cuyas notas, en particular la regularidad y la continuidad, son datos correlativos.²⁰

Ahora bien, parece claro afirmar junto a Cassagne²¹ que la regulación económica tiene hoy día un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los competidores, lo que conlleva a adoptar según el autor, en forma previa o concomitante, una política de segmentación de los diversos mercados –en tanto sea posible- junto a la desregulación de las actividades comerciales e industriales, con el fin de sustentar las libertades básicas del mercado. De lo contrario, el ámbito donde se encuentran oferta y demanda recibiría señales falsas o artificiales, alterándose el sistema natural de formación de los precios y las condiciones de las transacciones que inciden sobre ellos. Se sabe, por la experiencia de los sistemas interventores, que el costo de los mecanismos estatales que inciden artificialmente sobre el mercado termina siendo pagado por la propia comunidad, sobre cuyos miembros recaen los efectos nocivos de una economía ineficiente.

Llegados aquí, estamos justo ante el núcleo de la paradoja: Cómo la acción de “regular” – que implica limitación, restricción o interferencia en las libertades económicas – puede estar destinada a proteger la “libre competencia”; cómo regular, restringir, limitar para la “desregulación” o mayor libertad económica del mercado?. Dicho en términos de Ismael Mata: ¿Cómo pueden convivir la política regulatoria y la “desregulación”?

El mismo autor viene a nuestro auxilio y para explicar tan inusitada convivencia, señala que, antes que nada, debe precisarse que existen distintas especies de regulación.

En primer lugar, hay una forma de regulación calificada de “fomento”, “promoción” o “desarrollo”, que tiende a favorecer determinados productos o sectores de la producción a través de una acción en el mercado, con el propósito de corregir la oferta o la demanda o bien, por medio de la determinación directa de los precios.

En segundo lugar, existe una regulación de carácter “social” o de “solidaridad”, la cual está destinada a la protección de sectores sociales a través de acciones asistenciales en el ámbito de la salud, la previsión o el esparcimiento.

Por último, la regulación de “control” o “prevención”, que tiene por finalidad evitar o corregir los abusos de los operadores económicos que a través de la oferta de bienes o servicios fijan condiciones abusivas a partir de una posición de superioridad en el mercado. Tal circunstancia puede darse en un mercado no competitivo, como el caso de los monopolios naturales o bien, en un mercado con competencia relativa debido a los desequilibrios en la posición de las partes, como acontece en el mercado del trabajo, donde la intervención del Estado está orientada a corregir la desigualdad económica entre empleador y empleado.

En los tres casos señalados, manifiesta el autor, la autoridad reguladora no realiza la actividad que regula; si lo hiciera la intervención del Estado sería competitiva o sustitutiva, pero no reguladora.

En función de lo dicho, la política de “desregulación” apunta fundamentalmente a eliminar o atenuar las regulaciones de fomento, para permitir una mayor libertad en el funcionamiento del mercado y si se producen distorsiones en éste, las herramientas jurídicas para corregirlas son las leyes de defensa de la competencia, las reglas antimonopólicas y la defensa de los derechos del consumidor.²²

Desde la perspectiva económica la regulación de los servicios públicos responde al tipo de regulación de “control” o “prevención”, con la finalidad de prevenir o corregir las consecuencias negativas del monopolio natural, la “asimetría informativa” y las “externalidades” o “deseconomías externas”.

Esto condice con lo dispuesto por la Constitución reformada de 1994 pues “...la Constitución ha incorporado el principio de subsidiariedad al ordenamiento constitucional positivo, no solo por el reconocimiento de los derechos que prescribía a favor de los particulares,..., sino por el deber legal de promover la competencia (lo que conduce a mantener la iniciativa privada y las libertades del mercado) que estatuye el art. 42 de la Constitución Nacional lo cual, como es obvio resulta incompatible con la gestión directa por el Estado de actividades comerciales o industriales que prestan las empresas privadas”²³.

Como corolario a lo expuesto afirmamos que, el sentido que asumió la Regulación Económica en nuestro país fue el de obtener la mayor eficacia posible en pos de lograr los objetivos estatales y corregir las consecuencias negativas provocadas en aquellos momentos por el monopolio natural del Estado.

Nos preguntamos entonces, ¿cuáles fueron los efectos inmediatos que provocó el proceso de Regulación Económica de servicios públicos en nuestro país?

5. La regulación Económica y el Servicio Público.

La explicación del proceso de regulación económica que circunscribe al servicio público a su cauce original, responde a una serie de razones. Una, que las actividades que satisfacen necesidades de interés público que no revisten carácter primordial y que admiten la posibilidad de segmentar el mercado y practicar la competencia, pueden prestarse de un modo más eficiente en base a un régimen predominante privado, sin

soportar las consecuencias del régimen exorbitante²⁴ que tipifica el servicio público. A su vez, la institución del servicio público, acotada a las prestaciones de naturaleza económica, permite mantener la lógica interna de los principios que informan su régimen jurídico unitario, el que no guarda semejanza con los llamados servicios sociales o asistenciales ya que, en estos últimos, carecen de sentido muchas de las figuras y caracteres que configuran la noción (ej.: tarifas y equilibrio de las prestaciones, por sólo citar algunos ejemplos).

Es preciso dejar en claro que los órganos legislativos de la comunidad deberán ser los competentes para declarar la incorporación de una actividad al régimen del servicio público con el objeto de que esta declaración normativa se nutra de una necesaria y suficiente legitimidad política.

Al adoptarse esta decisión hay que tener en cuenta, que con ella se sustrae una determinada actividad del ámbito de las libertades económicas para someterla a una regulación pública más intensa, lo que conlleva el riesgo de erosionar el principio de subsidiaridad que indica, en este caso, que cuando la titularidad puede ser privada y realizarse la respectiva actividad por los particulares o grupos intermedios con una menor intervención estatal, ha de acogerse esta opción.

En definitiva la política de reforma del Estado, que se instauró con las leyes N° 23.696²⁵ y 23.697²⁶, en el campo de los servicios públicos, hizo emerger un fenómeno de reestructuración de los distintos sectores y consecuentemente la creación de marcos regulatorios que en la mayoría de los casos fueron acompañados con la creación de organismos administrativos que si bien no eran novedosos para nuestro derecho administrativo tal como lo hemos señalado con anterioridad, si lo fueron en la forma en que los mismos fueron creados y con las competencias que se les atribuyeron. Nos referimos sin dudas a los entes reguladores de servicios públicos.²⁷ Su función básica y

esencial consiste en actuar como los factores de equilibrio y recomposición de los diferentes intereses en juego, sin perjuicio de la posibilidad de que los afectados por sus decisiones promuevan el control judicial en defensa de sus derechos.

En este escenario, es donde nuevos marcos legales y reglamentarios introdujeron grandes innovaciones sobre los esquemas tradicionales del derecho administrativo y se llegó a discutir hasta la supervivencia del servicio público como institución jurídica apta para regir este proceso, surgieron los mencionados Nuevos Entes Reguladores.

Fue a causa de este proceso de transformación del estado que estas nuevas instituciones asumieron un papel de gran trascendencia en el plano de las relaciones que vinculan tanto al Estado con los distintos actores del mercado prestador de servicios como a las empresas concesionarias o licenciatarias con sus clientes. Es indudable que la privatización fue la causa principal de este fenómeno, pero que la operación privatizadora no pudo resolver, en sí misma, toda la compleja problemática que actualmente se plantea en los planos jurídicos, económico y hasta político. Es como señala el mismo Cassagne, simplemente su punto de partida²⁸.

Para comprender la magnitud de este cambio recordemos que en Argentina desde 1949 hasta 1989, rigió un sistema, caracterizado por la concentración de los poderes regulatorios en las propias empresas prestatarias de esos servicios. El margen para el ejercicio del poder de policía por parte de los órganos de la Administración central era estrecho, y en la práctica, no impidió los graves y constantes desequilibrios financieros ni los abusos y arbitrariedades en que solían incurrir los funcionarios de turno.

Ese estado de cosas sufrió un cambio radical tras el proceso de transformación del Estado, a partir del cual se perfilaron nuevas funciones regidas por el derecho

administrativo. Una de estas funciones fue sin dudas, la concerniente a la regulación económica de los servicios públicos, cuyo funcionamiento y medida se debería regir por el principio de subsidiariedad. Este principio sólo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el estado deba intervenir (con su actividad legislativa y reglamentaria) para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes o abusivas que los distorsionan, la regulación carece de sentido, así como también cuando es posible la llamada autorregulación a los acuerdos entre los sectores involucrados. Los mecanismos espontáneos o de consenso resultan siempre preferibles a cualquier regulación proveniente de los funcionarios, muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios políticos o ideológicos.

En este contexto aparecieron en forma contemporánea a la privatización de la gestión de los servicios públicos, los marcos regulatorios de cada una de las actividades junto a los entes creados por el Estado para aplicar esas regulaciones y entender, en una especie de instancia administrativa de naturaleza jurisdiccional, en los conflictos que se susciten entre las empresas concesionarias o licenciatarias de los servicios públicos y los usuarios.

Precisamente, esta última característica de la actividad de los entes reguladores requiere que en su composición, se observen dos condiciones esenciales: la idoneidad técnica de sus miembros y su independencia funcional, especialmente en el plano político, cuestiones estas de las que nos ocuparemos brevemente más adelante en el presente trabajo.

Es en este marco en donde podemos decir que, el máximo problema práctico radica, en la creación de un sistema adecuado de dirección y control que permita equilibrar adecuadamente los distintos intereses en juego²⁹. En el caso argentino, bien podría decirse que el sistema de control existente dista de encontrarse estructurado adecuadamente³⁰.

En nuestro caso puntualmente y como no nos cansaremos de señalar existieron múltiples deficiencias regulatorias entre ellas podemos mencionar que solamente en dos casos, esto es gas y energía eléctrica, la privatización de empresas públicas se llevó a cabo previa sanción de sus respectivas leyes^{31 32}, sin embargo aquí también hubo una irregularidad, ya que la creación de los entes fue posterior a la privatización. En los casos restantes se recurrieron a Decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo, posibilitando así las famosas renegociaciones contractuales que llamativamente no tenía otro resultado que no fuera favorecer abruptamente los intereses de estas empresas ahora en manos privadas. Podríamos decir entonces que estas renegociaciones fueron otra de las características deficitarias de la regulación económica en nuestro país, las cuales se veían facilitadas debido a la carencia de leyes específicas, ya que tales decretos y resoluciones eran sencillamente modificados por normas de similar jerarquía.

Entre otras prácticas deficitarias de esta regulación fueron sin dudas la formulación de marcos regulatorios y constitución de entes reguladores con posterioridad a la transferencia de empresas públicas al sector privado y sin contar con un criterio de coordinación entre estos sectores que evidentemente demandan una regulación integral, también podemos mencionar las disposiciones tendientes a mantener los monopolios ejercidos por dichas empresas por períodos excesivos, la escasa o nula protección a los usuarios y consumidores desconociendo aún el art. 42 de nuestra carta magna.

Es debido a esta ausencia de esquemas de regulación previos, que se posibilitaron fijar en los contratos con los nuevos prestadores privados pautas que en muchos casos entraron en contradicción con la normativa posteriormente sancionada.

Así en el caso del servicio público de gas natural se estableció que los distribuidores deban satisfacer toda demanda "razonable" de servicios. Aunque no fueron precisados los alcances de la "razonabilidad", sí se definió como "no razonable" aquella solicitud de servicios que "no pudiera ser satisfecha obteniendo el distribuidor un beneficio acorde con los términos de la habilitación."³³ En el servicio de electricidad los contratos de concesión sólo "podrán" obligar a los transportistas y distribuidores a extender y ampliar las instalaciones, lo que otorgó un margen de discrecionalidad considerable a los operadores a la hora de programar los planes de mejoras y expansión³⁴. Por último, el marco regulatorio para el servicio de agua potable autorizó al concesionario a cortar dicho servicio por falta de pago, inclusive a las instituciones públicas³⁵.

Es posible observar en los marcos regulatorios las suficientes garantías para asegurar rentabilidad a los nuevos operadores, sin embargo no es tan claro advertir en ellos las "consideraciones de eficiencia" que motivaron la regulación económica. A modo de ejemplo, cláusulas tales como las que rigen para el servicio público de agua potable y desagües cloacales donde se permitió la fijación de una tarifa mínima que "tendiera" a reflejar el costo económico de la actividad, no constituyeron un incentivo hacia la búsqueda de objetivos de eficiencia, sobre todo cuando se autorizó a la empresa monopólica a establecer la estructura de costos y de los insumos allí incluidos durante los diez primeros años de la concesión. En este caso concreto los intereses de los usuarios quedaron claramente perjudicados por los sucesivos aumentos tarifarios de un

servicio cuya licitación impuso como condición central a los nuevos operadores la oferta de una menor tarifa.

Los vacíos e imprecisiones normativas en materia de protección de la calidad de los servicios también limitaron el resguardo de los derechos de los usuarios. Disposiciones tales como el establecimiento de "intervalos razonables" para la verificación técnica de los medidores de gas, sin más especificación sobre los plazos; la obligación de la distribuidora de hacer todo lo "razonablemente posible" para suministrar un servicio regular e ininterrumpido y en casos de necesidad de restringir el servicio proporcionar "el mayor aviso posible" o "atender prontamente" las denuncias de escapes de gas, o el compromiso de solucionar "rápidamente" los reclamos y quejas de los usuarios del servicio eléctrico son sólo algunas de las imprecisiones que dieron lugar a interpretaciones diversas y que, en consecuencia, no se constituyeron en un parámetro claro y exigible de calidad de servicio. Un caso extremo fue el de los servicios ferroviarios y de subterráneos donde directamente no se sancionó un reglamento de servicio con el detalle de los derechos de los usuarios y de sus mecanismos de protección.

Como reflexión diremos que el proceso de regulación económica intentó circunscribir el servicio público a su cause original, sin embargo, resultó ser prisionero de su propia debilidad. Debilidad manifiesta en la incapacidad de generar medidas tendientes a incentivar la competencia, como así tampoco adoptando medidas que fueran capaces de otorgar una protección efectiva a los usuarios y consumidores, a su vez la ausencia de esquemas de regulación previos posibilitaron fijar en los contratos con los nuevos prestadores privados pautas que en muchos casos entraron en contradicción con la normativa posteriormente sancionada.

Pero por otro lado, llamativamente, mostró grandes capacidades para garantizar grandes beneficios a las empresas que se hicieron cargo de las prestaciones de servicios públicos de mayor importancia en nuestro país.

Ante tan precaria regulación seríamos demasiado ilusos en pretender que la creación de los Nuevos Entes Reguladores haya ocurrido de manera diferente.

6. Regulación y los Nuevos Entes Reguladores Nacionales.

El traspaso de Servicios Públicos de manos estatales a privadas conllevaron a la creación o instauración de los Nuevos Entes Reguladores. Estos organismos inspirados en los principios de autarquía e independencia debían brindar certidumbre y previsibilidad al ajuste contractual empresa – estado, como así también generar una valorización positiva en la población al ser considerados instituciones independientes del poder político.

Sin embargo en Argentina se dio un fenómeno peculiar con respecto a la institucionalización de Entes Reguladores, ya que por un lado las empresas no demandaron un marco previsible constituido por instituciones autónomas; sino todo lo contrario; priorizaron canales opacos de negociaciones, y el poder político no tuvo la capacidad o bien no la quiso tener para construir mecanismos regulatorios fuertes o efectivos. Así quedó pendiente la previa formulación de los marcos regulatorios que debían presidir cada una de las privatizaciones³⁶.

Al decir de Alberto Bianchi³⁷, es un hecho evidente que en Argentina – en el orden federal – la creación de los entes reguladores no ha respondido a una metodología planificada ni a un modelo específico. Esto es así aunque en líneas generales se ha intentado seguir el modelo norteamericano, en lugar del inglés que en cambio fue más usado en materia de tarifas.

Por el contrario, estos entes han ido apareciendo con cierta espontaneidad, como fruto de la necesidad de reglar la actividad de los prestadores de los servicios dados en concesión o licencia, lo que permite conformar un mapa de entes reguladores bastante heterogéneos que responden a diferentes conformaciones. Incluso tampoco puede decirse que la categoría de “ente regulador” sea propia o exclusiva de aquellos que regulan la prestación de un servicio público.

No obstante es evidente que la regulación económica (y no económica) estatal cuenta además con otros entes anteriores o contemporáneos a éstos que ejercen funciones similares. Por ejemplo la Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN), creada por ley 24.804³⁸.

Pero aquí es necesario hacer una clara diferenciación, entre regulación y los entes reguladores históricos, de los entes nacidos de la Reforma del Estado, iniciada en 1989.

Es Ismael Mata³⁹ quien establece una clara diferenciación en lo que respecta a este punto, que es a partir de esta distinción la que nos permitirá acercarnos no sólo al concepto de Ente Regulador sino también a sus competencias y funciones que el mismo le corresponden dentro de un concepto de Estado Subsidiario.

Este autor afirma que estas formas regulatorias difieren esencialmente de las acciones de intervención económica del Estado desenvueltas en el pasado.

Mientras que en la década del 30 el Estado Argentino, había adoptado políticas de regulación económicas, en la década siguiente termina siendo un operador más o quizás el principal actor de la vida económica.

En este nuevo marco regulatorio dispuesto por la Reforma del Estado, dice Mata, el Ente regulador desde un punto de vista económico, cumple la función de un mercado en condiciones normales, es decir, donde la oferta y la demanda se desenvuelven en un marco razonable de libertad. Es por eso, continúa Mata, se dice que “...la agencia “simula” la existencia de un mercado y una acción regulatoria en un mercado monopólico debe tender a introducir elementos de competencia, en la medida de lo posible, a través de segmentos o áreas desreguladas. Es el caso del derecho de interconexión en materia de gas o electricidad o del pago de peaje en la infraestructura ferroviaria que permite el uso compartido.”⁴⁰

Es así que se puede afirmar que así como los entes surgidos a principio del siglo XX son hijos directos del intervencionismo estatal y su regulación intensa, los nuevos entes fueron hijos de las desregulaciones o nacieron de la mano de dicho fenómeno transformador de la década del 90.

Es así que su diverso origen nos conducirá a una diferente caracterización de los mismos en la actualidad.

Estos entes que aparecieron mucho antes de la reforma del Estado y siguen existiendo, y como es sabido no todos ellos están dedicados al control de un concesionario de servicios públicos, resulta entonces muy difícil sostener que existe un régimen jurídico unificado y omnicompreensivo de todos los entes reguladores en actividad.

En realidad es más exacto sostener que cada ente posee su propio sistema, lo que conduce a la existencia de diversos regímenes jurídicos separados y diferenciables, que en todo caso comparten características comunes. Por ello, cuando hablamos de los entes reguladores en conjunto como una categoría jurídica particular, debemos tener en claro

que no aludimos a un sistema o régimen homogéneo que permite trasladar automáticamente las reglas aplicables en cualquiera de ellos a los restantes.

El desafío existente – y con esto nos remitimos nuevamente a Alberto B. Bianchi⁴¹ – desde el campo del derecho, no es por ende crear o pretender que exista una categoría general de entes reguladores, sino en todo caso asegurar ciertas condiciones mínimas para que operen individualmente en un marco de coherencia jurídica interna.

Por su parte el Dr. Cassagne⁴², coincide y propone que es de suma importancia bregar por la independencia de estos entes respecto del poder político, y más que cambiar las reglas de juego modificando todos los marcos regulatorios en un código o algo parecido, lo que hay que hacer es mejorar determinadas prácticas regulatorias, perfeccionar los marcos jurídicos existentes y evitar la duplicidad de los controles a las empresas reguladas. La introducción de dichas mejoras en los distintos ordenamientos no excluye la posibilidad de unificar los principios y normas que sean comunes a todas las regulaciones, sin afectar los derechos adquiridos ni la diversidad sectorial propia de los marcos regulatorios existentes.

Finalmente y habiendo ingresado de lleno en esta problemática brindaremos unas breves reflexiones, en este sentido diremos que, si bien el proceso privatizador como ya es sabido a esta altura de nuestro trabajo, adoleció de un sinnúmero de falencias favoreciendo solamente a un acotado número de actores económicos, entendemos que es hora de revertir o mejor dicho de mejorar los defectos existentes, para lo cual creemos que sin dudas será necesario plantear la regulación de los servicios públicos como política de Estado que favorezca los intereses sociales dejando así de perpetrar privilegios a los mencionados grupos económicos.

Y si de servicios públicos hablamos, quizás las modificaciones de mayor urgencia sean, la creación de una ley marco de Entes Reguladores que permita ajustar el funcionamiento de todos ellos de manera coordinada y sin superposición de facultades, permitiéndole al Estado ejercer un verdadero control sobre las empresas privatizadas y a su vez otorgar a los usuarios y consumidores una mejor protección y defensa de sus derechos. Esto sin dudas y a modo de adelanto de lo que demostraremos a lo largo de nuestro trabajo, se alcanzará entre otras cuestiones, con el aseguramiento de la autarquía en la organización jurídica, la independencia del poder político y la designación de personal idóneo tanto técnica como profesionalmente, utilizando para ello mecanismos transparentes de selección. Para comprender mejor estas cuestiones analizaremos las estructuras organizativas de los diferentes entes en sí, circunstancia de la cual nos ocuparemos en nuestro próximo capítulo.

¹ MENEM, Carlos Saúl, "Mensaje a la Asamblea Legislativa", pronunciado el 8 de julio de 1989.

² DROMI, José Roberto. Reforma del Estado y Privatizaciones. Buenos Aires. Astrea. 1991.

³ CASSAGNE, Juan Carlos. Estudios de Derecho Público. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1995. Pág. 96

⁴ BARBARA, Jorge Edmundo. Entes reguladores en la era de las desregulaciones. La Ley. 1994. E Pág. 1393.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Ley 23.696. Art. 1. [en línea]. [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/23696.htm>]. [Última consulta: 26/08/08].

⁷ Ley 23.696. Art. 2. Op. Cit.

⁸ BARBARA, Jorge Edmundo. Después de la crisis del Estado Privatizador en Argentina, regulación y control ¿a cargo de quién y hasta donde? VII congreso del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública; 2003, Octubre 28 al 31. Panamá.

⁹ Ley 23.697 de Emergencia Económica. Art. 1. [en línea]. [Disponible en Internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=15>]. [Última Consulta 26/08/08].

¹⁰ MURATORIO, Jorge "La ley de defensa del consumidor y la protección de los usuarios de los Servicios Públicos". La Ley Actualidad del 9/12/1993.

¹¹ El Plan Brady fue una estrategia adoptada a finales de la década de [1980](#) para reestructurar la deuda contraída por los países en desarrollo con bancos comerciales, que se basa en operaciones de reducción de la deuda y el servicio de la deuda efectuadas voluntariamente en condiciones de mercado.

El punto más importante de estas operaciones consiste en combinar de algún modo las recompras descontadas con la emisión por parte del país de los denominados "[bonos Brady](#)" a cambio de los títulos de crédito en manos de los bancos. Dichas operaciones complementan las medidas que apliquen los países para restablecer la viabilidad de la [balanza de pagos](#) en el marco de los programas de [ajuste estructural](#) a mediano plazo respaldado por el [Fondo Monetario Internacional](#) y otros [acreedores multilaterales](#) y por [acreedores bilaterales](#) oficiales.). [en línea]. [Citado 20/07/08]. [Disponible en Internet: http://es.wikipedia.org/wiki/Plan_Brady]. [Última consulta: 01/08/08].

¹² ASPIAZU, Daniel y BASUALDO, Eduardo. Las privatizaciones en la Argentina. Génesis, desarrollo y principales impactos estructurales. 2002. Septiembre; [en línea]. [Citado 20/07/08]. [Disponible en Internet: <http://www.flacso.org/download/aportes/argentina/Azpiazu-.pdf>]. [Última consulta: 01/08/08].

¹³ Ver Vicker J., Yarrow G "Un análisis económico de la privatización", fondo de cultura económica, 1991. En Aspiazu Op. Cit. Pág. 4.

¹⁴ ASPIAZU, Daniel y BASUALDO, Eduardo. Op. Cit.

-
- ¹⁵ CASSAGNE, Juan C. Presente y futuro de la Regulación Económica. La Ley 1996. Tomo C, p. 1122.
- ¹⁶ BARBARA, Jorge Edmundo. Op. Cit.
- ¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. Reflexiones sobre la Regulación Económica y el Servicio. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1995. Pág. 97.
- ¹⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, "Marcos regulatorios y regulación económica", en R. A. P. N° 183, Pág. 22-23, Buenos Aires, 1993. Sobre la función de los entes reguladores; v. el interesante trabajo de BARBARA, Jorge Edmundo, "El estado post privatizador. Los entes reguladores", en LA LEY, 1994-B, Pág. 1184.
- ¹⁹ MATA Ismael; Los Entes Reguladores de los Servicios Públicos; En: El Derecho Administrativo Argentino, Hoy. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires. 1996. Pág. 115.
- ²⁰ *Ibíd.*
- ²¹ CASSAGNE, Juan Carlos. Reflexiones sobre la Regulación Económica y el Servicio. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1995. Pág. 97.
- ²² MATA, Ismael; Op. Cit., pág. 116 y ss.
- ²³ CASSAGNE, Juan Carlos; "De nuevo sobre los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo", dentro de la obra "El Derecho Administrativo argentino, hoy". Ed. Ciencias de la Administración. Buenos Aires. 1996. p. 29.
- ²⁴ BARRA, Rodolfo Carlos, "Principios de Derecho Administrativo". Buenos Aires. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 1980. Pág. 152 y sigtes
- ²⁵ Ley 23.696. Op. Cit. 6.
- ²⁶ Ley 23.697. Op. Cit. 9.
- ²⁷ Disponible en Internet: http://rapdigital.com/novedades_y_noticias.php?pid=49
- ²⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, Servicio Público, policía y fomento; Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de derecho. 2003. Buenos Aires. Argentina. Ediciones RAP. 2003.
- ²⁹ TAWIL, Guido Santiago. Servicio público; ¿eficacia o desgobierno? (a propósito de privilegios. tarifas, atención al público y otros problemas presentes en el proceso de transformación del Estado). La ley 1991 Tomo C, p.639.
- ³⁰ El mismo autor cita: Esta falencia había sido advertida ya por el profesor Villegas Basavilbaso "Derecho Administrativo", t.III, Pág. 218. Ed. Tea. Buenos Aires, 1951.
- ³¹ Ley 24.076/92, de Regulación del transporte y distribución de gas natural. Art.25, reglamentada por decreto 1738/92 (modificado por el decreto 2255/92). [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/24076.htm>]. [Ultima consulta 28/07/08]
- ³² Ley 24.065/92, Art.28, reglamentada por decreto 1398/92. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/24076.htm>]. [Ultima consulta 28/07/08].
- ³³ Ley 24.076. Op. Cit. 31
- ³⁴ ley 24.065. Op. Cit. 32
- ³⁵ Decreto 999/92. Art.52. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/999-92.htm>]. [Ultima consulta 28/07/08].
- ³⁶ BARBARA, Jorge Edmundo. Op. Cit. Pág. 11.
- ³⁷ BIANCHI, Alberto B. La regulación Económica. Tomo 1. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 2001.
- ³⁸ Ley 24.804 de la Actividad Nuclear. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.ingenieroambiental.com/?pagina=1009>]. [Ultima consulta 02/09/08].
- ³⁹ MATA, Ismael; Op. Cit. 19.
- ⁴⁰ *Ibíd.*
- ⁴¹ BIANCHI, Alberto B. Op. Cit.
- ⁴² CASSAGNE, Juan C. Op. Cit. Pág. 13.

Capítulo II

ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LOS ENTES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Noción de Ente Regulador. 3. Independencia funcional e idoneidad técnica. 4. La regulación de los servicios públicos en la época de la post convertibilidad. 5. Organización interna. 6. Los Marcos Regulatorios. 6.1. Los Entes Reguladores en sí. 6.1.1. Ente Nacional Regulador de Electricidad. 6.1.2. Ente Nacional Regulador del Gas. 6.1.3. Comisión Nacional de Comunicaciones. 6.1.4. Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos. 6.1.5. Ente Regulador de Agua y Saneamiento. 6.1.6. Ente Nacional Regulador de Servicios Sanitarios. 7. Breves reflexiones.

1. Introducción.

Habiendo plasmado en el capítulo anterior las falencias más importantes con las cuales este proceso transformador estatal fue llevado a cabo, pasaremos a desarrollar tal como propusimos en nuestro segundo punto de tesis, las estructuras organizativas en sí de estos organismos. Nos orientaremos aunque sea someramente al ENRE, ENARGAS, CNC, ORSNA. También tomaremos otros organismos provinciales entre los cuales hemos elegido uno del ámbito de la provincia de Buenos Aires como el ERAS (ex ETOSS), y otro del ámbito de nuestra provincia como el ENRESS. Esto nos otorgará una visión más amplia respecto de las estructuras existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Todo este desarrollo tendrá la mera intención de constatar si las mencionadas estructuras han sido efectuadas siguiendo una línea uniforme entre ellos o si por el contrario el poder administrador los ha creado en miras de la política diaria y sin una mayor perspectiva a largo plazo.

Previamente a ello, explicaremos algunos conceptos básicos, más puntualmente, intentaremos dar una noción de ente regulador y sus elementos necesarios para su correcto andamiaje. Entendemos que de esta forma comprenderemos su ideal funcionamiento. Posteriormente haremos una breve reseña de la crisis económica desatada en el año 2001 orientando la misma a los efectos producidos con respecto a los entes reguladores, conoceremos así si los marcos regulatorios o los entes mismos han sufrido alguna variación ya sea en sus contenidos o en su estructura misma.

Una vez desarrollado los puntos que hemos mencionado concluiremos con unas reflexiones al respecto, siempre con la mera intención de contribuir en la búsqueda de soluciones.

2. Noción de Ente Regulador.

Tal como sostiene Alberto Bianchi⁴³, a lo que debemos atenernos en un principio es que los Entes Reguladores poseen una caracterización multifacética, la cual según el autor debemos analizarla desde un punto de vista estático – jurídico, como así también desde una óptica dinámico – operativo.

La primer óptica es la que atiende a su estructura como persona de derecho público, donde todos o al menos la mayoría están constituidos como entidades autárquicas. Como consecuencia de dicha tipicidad jurídica es que todos están ubicados en dependencias de algún órgano de la administración central.

Por su parte la faz dinámica – operativa lo centra en sus competencias ya que los Entes Reguladores ocupan un lugar muy especial en la dinámica de fuerzas e intereses que se dan entre al menos los tres sectores directamente interesados en la prestación del servicio público, esto es a) el Estado como concedente; b) el concesionario o licenciatario; c) los usuarios, donde aquél debe mantenerse equidistante de los intereses de los tres y velar por la protección y el cumplimiento de los derechos y obligaciones que cada uno posee.

Al mismo tiempo algunos autores como Gordillo⁴⁴, niegan rotundamente la calidad de tribunales administrativos con facultades jurisdiccionales, basándose en que si bien el antecedente de los Entes Reguladores es el Norteamericano, no significa que pueda invocarse aquella fuente a favor de la existencia de tales tribunales, ya que la mencionada jurisprudencia no es nuestra jurisprudencia constitucional ni tampoco ha sido recibida por tribunal alguno en décadas anteriores.

Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia son liberales en este punto, tal es así que Alberto Bianchi⁴⁵ considera que tales entes pueden ser entendidos como tribunales administrativos.

Lo que no podremos negar es que existen normas de atribución de competencia de algunos entes que les asignan una intervención “previa y obligatoria en materia de decisiones jurisdiccionales”, como en el caso del ENRE⁴⁶ en donde existe obligación de someterse a ella para todos los sujetos incluyendo usuarios, terceros, transportistas, etc. El ENARGAS⁴⁷ establece el mismo requisito extendiendo esta obligación a todos con excepción de terceros y usuarios en donde la jurisdicción es facultativa. En ambos casos las decisiones serán apelables ante la Cámara Contencioso Administrativo Federal⁴⁸.

Lo expuesto precedentemente no nos permite detenernos ya que debido al perfil polifacético que poseen los Entes Reguladores, no es suficiente para que alcancemos una descripción exacta de los mismos.

En realidad los Entes Reguladores son algo más que simples entidades autárquicas que actúan como árbitros o tribunales. Tal es su complejidad que algunos autores como el mismo Bianchi⁴⁹ los considera como un Estado dentro de otro Estado, así dentro del ámbito de la actividad o servicio regulado ejercen la función administrativa, la legislativa y la jurisdiccional.

Sin embargo esta nota típica tampoco permite diferenciarlos de aquellos Entes que no regulan actividades tipificadas como Servicios Públicos.

Un claro ejemplo de ello es la Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN), entidad autárquica, con capacidad de derecho público y privado y cuyas funciones la convierten en un típico ente regulador de la actividad, aún cuando la actividad nuclear no es un servicio público, el Banco Central de la República Argentina (BCRA), cuyas funciones

están regidas por las leyes 24.144⁵⁰ y 21.526⁵¹, el mismo es una entidad autárquica, con competencia para la regulación de una actividad determinada en todo el territorio nacional, que ejerce control y supervisión sobre las actividades reguladas⁵² y posee funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales, y así podemos seguir mencionando a muchas más tales como la Superintendencia de Seguros de la Nación⁵³ (SSN); Comisión Nacional de Valores⁵⁴ (CNV), la Superintendencia de Riesgos del Trabajo⁵⁵, etc.

Es decir, en toda la administración existen estos tipos de organismos ya sean creados por ley o por decreto, con características similares.

Es debido a esta diversidad que al momento de intentar definir que es un ente regulador se generan múltiples complicaciones, no sólo por lo que acabamos de decir sino también por la diversidad de criterios existentes.

Y si de criterios hablamos, entre ellos podemos mencionar al “criterio amplio”, en donde se considerará ente regulador a todo ente creado por ley o por decreto, que bajo alguna forma de descentralización (autárquica o no), regule una actividad determinada, haya sido declarada o no como servicio público, o bien acudir a un “concepto restringido”, en cuyo caso serán múltiples las opciones, algunos de los criterios que podrían emplearse son: a) la actividad regulada: comprende solamente a los entes que regulan la prestación de servicios públicos específicamente declarados como tales; b) el contenido económico de la actividad regulada: son entes reguladores los que ordenan una actividad industrial; c) las funciones desarrolladas: son entes reguladores los que ejercen una actividad jurisdiccional previa y obligatoria y pueden actuar como tribunales administrativos; d) la naturaleza del acto de creación: son entes reguladores los que han sido creados por el congreso; e) el momento de su creación: son entes reguladores los que aparecieron luego de la reforma del Estado; f) el origen

histórico: son entes reguladores los que regulan la actividad otrora prestada por las empresas o sociedades del Estado privatizadas; etcétera.⁵⁶

Es decir, no existe una noción precisa de que ha de entenderse por Ente Regulador, lo que existe en verdad es que algunos entes han adquirido en la conciencia colectiva de los estudiosos y prácticos del tema una noción arquetípica. Son los casos del ENRE o ENARGAS, en donde cualquiera sea el criterio empleado habrán de quedar encuadrados como entes reguladores.

Conforme a lo expresado nos surge un cuestionamiento el cual consiste en preguntarnos ¿cuales son las circunstancias que debe tomar el Estado para llegar a crear un Ente Regulador?

En este punto viene a nuestro auxilio el Dr. Alberto Bianchi⁵⁷, el cual sostiene que son las actividades particulares las que van llevando al Estado a poner interés en ellas, y a las cuales podemos dividir en tres fases; a) cuando las actividades particulares adquieren algún interés público, el Estado comienza a regularla, fijando ciertas pautas para su ejercicio, por ejemplo las actividades profesionales; b) cuando por la intensidad de la regulación dicha actividad deberá ser realizada con una previa autorización especial, ejemplo la actividad bancaria; c) cuando el Estado considera que esa actividad es esencial para la comunidad y por tal motivo la califica como servicio público. De esta forma el Estado la sustrae de la vida privada de manera que a partir de allí esta podrá ser prestada por el mismo Estado o bien podrá ser entregada a los particulares para que la ejerzan por tiempo determinado bajo alguna forma contractual (concesión, licencia, u otra semejante).

En cuanto al segundo y tercer caso el Estado precisa controlar que la actividad sea prestada dentro de los límites de la regulación impuesta y que se cumplan las metas

comprometidas. Para ello puede optar por: ejercer el control por sí o encomendárselo a una persona estatal diferente, esto es, centralizada, siendo la autarquía la forma jurídica que aparentemente más indicada resulta a estos fines. En este último caso sostenemos junto al mismo autor que se deben perseguir dos objetivos adicionales los cuales son la independencia del poder político e idoneidad técnica. Es por este proceso de descentralización de la operación de control que conduce naturalmente a la autonomía funcional del ente y a la delegación en él de todas las funciones que sean necesarias para el cumplimiento de ese fin, entre ellas las funciones reglamentarias y jurisdiccionales.

Es así que conforme a los conceptos expuestos y con el objeto de ir finalizando la presente cuestión, a nuestro humilde entender, para poder comprender el concepto de Ente Regulador debemos adoptar el “criterio amplio” del mismo, es decir aquel que lo considera tal a aquellos creados por ley o por decreto bajo alguna forma de descentralización (autárquica o no) regule con plenitud de funciones una actividad determinada, sea o no servicio público. De esta manera en esta concepción amplia existirán entes que reúnan las características naturales de un Ente Regulador, esto es: a) creación por ley; b) autarquía; c) plenitud de funciones administrativas, reglamentarias y jurisdiccionales; d) idoneidad técnica; e) capacidad para actuar como tribunal administrativo, otorgada por la revisión judicial de sus actos por recurso directo ante una cámara de apelaciones.

Sin embargo estas características no son propias o exclusivas de aquellos organismos que regulan actividades consideradas como servicio público sino que abarca también a aquellos que no están dedicados a efectuar dichos controles.

En definitiva podemos decir que Ente Regulador es todo ente estatal que tiene por misión controlar una actividad determinada y en la cual el Estado ha puesto especial interés.

Lo cierto es que en nuestro derecho no existe una legislación en esta materia, la cual establezca cuales son las pautas a tenerse en cuenta para llegar a crear un ente regulador, es decir no existe norma alguna que nos indique cuales son los caracteres que debe tener un ente regulador para saber si estamos o no frente a él.

Lo que sí existe son Entes Reguladores que han adquirido el carácter de prototipo y los mismos están dirigidos a controlar los servicios públicos.

De tal manera y habiéndonos acercado a una noción de Ente Regulador, seguidamente analizaremos los elementos indispensables para que los mismos puedan tener un desenvolvimiento eficaz y eficiente en nuestro ordenamiento jurídico.

3. Independencia funcional e idoneidad técnica.

Las diferentes normas que crean a los Entes Reguladores prescriben que su dirección y administración se hallarán en manos de un directorio. Las personas físicas que lo compongan se hallarán sometidas al régimen de incompatibilidades de la función pública⁵⁸ sin perjuicio de las normas específicas de cada régimen⁵⁹.

Estos órganos directivos deberán estar conformados por personas con la idoneidad técnica exigida y se les deberá asegurar su independencia funcional.

A continuación explicaremos brevemente estos conceptos a fin de comprender, en el momento de analizarlos, si los entes reguladores cumplen o no con estos requisitos.

Con respecto a la idoneidad, podemos decir en un principio que es un requisito constitucional⁶⁰ ya que es una de las formas o maneras de garantizar una protección más específica que la que se le brinda al consumidor en general. Es también a partir de ella

que se recomiende desde alguna doctrina⁶¹, la necesidad de contar con títulos profesionales específicos en la materia de que se trata.

En definitiva cuando hablamos de idoneidad nos referimos a que los miembros del directorio deberán contar con antecedentes técnicos y profesionales en la materia⁶², previéndose en algunos casos⁶³ (ENRE), la selección a través de un sistema abierto que garantice la mayor concurrencia posible de postulantes al cargo.

Es esta misma idoneidad técnica que hace desaconsejable la creación de un súper ente o un ente único como en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que a nuestro criterio cada servicio público debe ser controlado por un Ente Regulador específico y con un marco regulatorio específico.

Otra de las razones que indican el necesario cumplimiento de este requisito constitucional, son los altos contenidos técnicos que rigen cada uno de los servicios, de tal modo, igual nivel técnico deberán contener las respuestas que esa reglamentación deberá aportar a cada cuestión.

Entendemos que esta especificidad y tecnicismo de los marcos regulatorios no debe atentar contra la comprensión general y la eficiencia de sus mecanismos para llevar las cuestiones de los usuarios y las respuestas del Ente Regulador.

En lo que atañe a la independencia funcional, la misma es indispensable a fin de impedir la indebida influencia de los poderes políticos de turno. Para poder alcanzarla será sumamente necesario asegurar la estabilidad o inamovilidad de los directivos y en segundo lugar, lo concerniente a los mecanismos de designación y representación⁶⁴.

En cuanto al primer elemento de necesidad a fin de alcanzar la independencia de los Entes Reguladores, podemos decir que esta estabilidad se encuentra íntimamente

conectada con la facultad de remoción y nunca es absoluta, dependiendo su relatividad de las causas que las leyes consagren en cada caso para justificar o fundar el cese de la funciones de los directores de los entes.

En cuanto al segundo aspecto de importancia encontramos a los mecanismos de designación, ya que si estos dependen del Poder Ejecutivo, será dificultoso que los mismos puedan actuar con total independencia.

Una forma de atemperar la influencia que ejerce la administración sobre tales entes será con el dictado de normas que prevean una participación de los distintos colegios profesionales en los procedimientos de selección⁶⁵.

Algunos autores como Gordillo⁶⁶ pugnan por una autoridad reguladora no sólo dotada de preparación técnica e independencia política sino que también exigen legitimación democrática, es decir que los sistemas de designación deben serlo por concurso, pues consideramos junto al mencionado autor que hoy en día la democracia no sólo es una forma de acceder al poder sino también una forma de ejercerlo.

En este sentido ha podido decirse que “la independencia funcional de los Entes Reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a las tendencias de sacrificar objetivos a largo plazo, en aras de las metas diarias de la política”⁶⁷.

La independencia funcional es sumamente necesaria para evitar que les fijen una postura descuidando así la fiscalización de la prestación que tienen a su cargo. Esta independencia deberá mantenerse respecto de las prestadoras de servicios como así también de los usuarios de dichos servicios. De esta manera el ente regulador ejercerá sus funciones teniendo en miras el interés público, que puede coincidir o no con los intereses de los usuarios⁶⁸.

Como breve reflexión al presente título diremos que, debido a lo expresado en nuestra Constitución nacional, se desprende que los marcos regulatorios y los organismos de control deben ser independientes, específicos y profesionalizados, motivo por el cual desaconsejamos la creación de entes reguladores únicos. Por otra parte la independencia de estos organismos de control debe manifestarse tanto respecto de los prestadores privados como de las autoridades administrativas contratantes de la prestación o concedentes del servicio controlado.

La independencia de los entes reguladores exige su autarquía económica, un régimen de incompatibilidades, exclusividad de sus integrantes, mecanismos públicos objetivos de designación por concurso con participación de más de uno de los órganos del poder y periodicidad de la función con estabilidad semejante a la de los magistrados.

Sólo la puesta en vigencia de la totalidad de las exigencias que la norma constitucional ha contemplado permitirá orientar una verdadera política en materia de servicios públicos.

Con lo expresado estamos en condiciones de analizar los diferentes marcos regulatorios de estos organismos de control a fin de develar si existe o no una línea uniforme entre ellos o si como hemos dicho en un principio han sido creados en miras de la política diaria y sin una mayor perspectiva.

Previamente a ello consideramos que es de suma importancia hacer una pequeña mención a la crisis político – económica desatada en nuestro país en el año 2001, la cual indudablemente produjo cambios importantes, y los cuales creemos que son de suma importancia mencionar, antes de ingresar en el contenido mismo de las estructuras organizativas de estos entes de control.

4. La regulación de los servicios públicos en la época de la post convertibilidad.

A fines del año 2001, Argentina ingresó en una de las más dramáticas crisis político – económica desatadas en su historia, debido fundamentalmente a años consecutivos de recesión económica, crecientes y alarmantes niveles de pobreza, elevadísimas tasas de desocupación, desequilibrios crecientes en su sector externo, recurrentes renegociaciones de una deuda externa impagable (tanto en los términos en que fuera acordada originalmente, como en sus opacas renegociaciones posteriores).

En ese contexto y como derivación de una masiva movilización popular espontánea, pacífica pero con una sólida e inquebrantable resolución en cuanto a la exigencia de cambios radicales en la propia institucionalidad del gobierno y política públicas, el día 20 de diciembre de 2001, renunció el presidente De la Rúa. Luego de doce días convulsionados en donde se sucederán cinco presidentes, la Asamblea Legislativa designó como presidente provisional al Senador Duhalde. A poco de asumir esta nueva administración envía al Congreso un proyecto de ley de emergencia, que contando con el apoyo parlamentario del gobierno saliente, fue sancionada y convertida en ley el día 2 de enero de 2002.

Esta norma legal llamada de “Emergencia Pública y Reforma del Régimen cambiario” N° 25.561⁶⁹ determinó cambios decisivos tales como el abandono al régimen de convertibilidad y la modificación del tipo de cambio, lo que devino en una fuerte depreciación de la moneda nacional.

En ese marco se desprende la posición de revisar la relación Estado – Empresas Privatizadas, la cual tuvo por meta eliminar determinados privilegios exclusivos de las mismas como ser la dolarización e indexación de tarifas, como así también recomponer

la distorsionada estructura de precios y rentabilidades relativas de la economía relegada tantas veces en épocas de Convertibilidad.

Más precisamente en ese marco se facultó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar dichos contratos, y en su artículo 9º, formuló los criterios que debían contemplarse para el caso de los servicios públicos: "...1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas..."⁷⁰

Esto naturalmente conllevó a que se produjeran cambios radicales en el posicionamiento de los diferentes actores que directa e indirectamente, por acción u omisión, pasaron a desplegar estrategias disímiles y que en nada se asemejaron a las que se habían desarrollado en épocas de convertibilidad. Nos referimos al Estado Nacional, Provincial y Municipal y a todas aquellas jurisdicciones donde también se transfirió la prestación de servicios públicos al capital privado⁷¹ y por otro lado, a las empresas responsables de tal gestión, que se vieron enfrentadas a un profundo y radical cambio del contexto en el que se desempeñaban.

Cabe destacar aquí la actitud oficial en un doble sentido; el primero de ellos vinculado a la preservación de los intereses de los usuarios residenciales, en general, y de los más carenciados, en particular. En este punto los incrementos tarifarios fueron relativamente modestos y con una incidencia ínfima sobre los usuarios residenciales. En cuanto al segundo de los aspectos centrales en este proceso de renegociación nos interesa destacar los recurrentes intentos de la mayor parte de las privatizadas de transferir al Estado buena parte de sus abultados endeudamientos con el exterior contraídos en tiempos de la convertibilidad. Al respecto de este punto la actitud oficial

consistió en sostener que el riesgo cambiario debía ser asumido por quienes se endeudaron en exceso, al margen de toda consideración sobre las posibilidades reales de mantenimiento del régimen convertible de paridad fija con el dólar⁷².

Es también con respecto al otro gran actor de este proceso de realineamiento, los grupos de empresas “privatizadas”, en donde se plasmaron grandes modificaciones, tales como la desvalorización en moneda fuerte de sus patrimonios, de sus ingresos por facturación, de sus costos (afectados por la inflación doméstica, en el caso de los nacionales y, por la propia devaluación, en los importados) e incluso de sus utilidades, ante una eventual posibilidad de mantener inalteradas sus tasas de ganancias históricas. Con lo mencionado se infiere que, para las firmas de capital extranjero, dicho escenario en nada se asemeja al de los años precedentes. Esto indudablemente generó una situación incontenible en el seno de dichas empresas y más aún teniendo en cuenta que las mismas cuentan con la posibilidad de recurrir a tribunales arbitrales internacionales como el Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) y la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), amparándose en las políticas desplegada por Argentina en los años noventa en lo relativo a la firma y ratificación de Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de las Inversiones Extranjeras (TBIs)⁷³.

Sin embargo los criterios fijados en la Ley de “Emergencia Pública y Reforma del Régimen cambiario” no pudieron constituirse en la antítesis de lo acaecido en negociaciones anteriores, privilegiando o manteniendo nuevamente beneficios extraordinarios de las empresas privatizadas frente a la inseguridad jurídica de los usuarios de los servicios públicos.

El impedimento a esto fueron nuevamente las presiones, el lobbying de las firmas involucradas y la recurrencia a las tradicionales operaciones de prensa, sumado a

la debilidad estatal frente al mencionado poder económico de las compañías prestatarias lo que indudablemente conspiró contra el éxito de las renegociaciones en curso.

En lo referente a la regulación, en la carta de intención firmada con el Fondo monetario Internacional⁷⁴ el gobierno solicitó la asistencia tanto de ese organismo como así también el del Banco Mundial (BM) para “desarrollar un nuevo marco regulatorio que podría reemplazar los controles de precios y tarifas actuales y facilitaría la reestructuración de las deudas por parte de la empresas prestadoras”⁷⁵.

Bajo la presidencia de Néstor Kirchner, el proceso de renegociación continuó⁷⁶, y considerando la disparidad de los marcos regulatorios existentes, cobró nuevo impulso la necesidad de establecer un marco regulatorio general, a partir del cual, se pudieran fijar una serie de condiciones que deberían cumplir todas las prestatarias, es así que mediante el decreto 311/03⁷⁷, se dispuso la creación de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN), asignándole como uno de sus cometidos la elaboración de un proyecto de ley de Marco regulatorio General para los Servicios Públicos correspondientes a la jurisdicción nacional, que contemplara las condiciones básicas genéricas para todos los sectores.

Este proceso de renegociación continúa hoy en día tal es así que se han dictado diferentes normativas⁷⁸ las cuales básicamente extienden los plazos establecidos originalmente por la ley 25.561⁷⁹ pero sin llegar en definitiva a la concreción de una ley marco en materia de servicios públicos.

Sin embargo y teniendo presente las presiones y lobbyng de empresas privatizadas, este nuevo proceso iniciado en el año 2002, fue ocasionando diferentes modificaciones en el plano de las empresas mencionadas, como así también en los propios Entes Reguladores. Es así que se rescisindieron diferentes contratos de

concesión con empresas prestadoras de servicios públicos, entre ellas podemos mencionar en primer lugar al Correo Argentino, luego le llegó el turno al espacio radioeléctrico, a mediados de 2004 al Ferrocarril San Martín el cual se encontraba en manos de la Empresa Metropolitana, y en marzo de 2006 en el ámbito de la provincia de Buenos Aires se rescinde el contrato con otra empresa privatizada como Aguas Argentinas S.A. en cuyo caso no sólo derivó en la creación de una nueva empresa llamada Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima (AySA S.A.), cuyo objeto fue el de continuar con las actividades de provisión de agua potable y desagües cloacales, constituyéndose como persona jurídica bajo el régimen de una sociedad anónima con capital mayoritario del Estado Nacional, y rigiéndose por las disposiciones de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales sino que también tuvo la particularidad de crear un nuevo ente regulador para dicha actividad como es el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS), disolviendo el anterior Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS)⁸⁰.

En cuanto a nuestra provincia, también ocurrieron cambios significativos y quizás el de mayor trascendencia haya sido con respecto al mismo servicio público, en donde la empresa concesionaria Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., y en virtud de sus múltiples incumplimientos y cortocircuitos con el gobierno provincial, decide su disolución anticipada, es ante este panorama que el gobierno de el Ingeniero Obeid decide constituir una sociedad anónima de derecho privado denominada Aguas Santafesinas Sociedad Anónima (ASSA)⁸¹ a fin de poder hacerse cargo de la prestación de tan importante servicio público.

En definitiva podemos decir que han comenzado a desarrollarse procesos de re-estatización, consecuencia de las políticas estatales adoptadas por las administraciones post-menemistas, lo que conllevó necesariamente a menguar el interés de las empresas

transnacionales por continuar al frente de los servicios concesionados en un escenario en donde las elevadas y dolarizadas tasas de beneficios se “derrumbaron” junto con la convertibilidad.

Por lo expuesto pensamos que la sanción de la ley marco de servicios públicos es sumamente necesaria, para permitir el correcto andamiaje de los diferentes entes reguladores y uniformar las estructuras básicas de los mismos. Esto a su vez llevará a ejercer un control más preciso sobre las empresas privatizadas, permitiendo por otra parte un claro conocimiento de los derechos a usuarios y consumidores a fin de poder hacer un correcto uso de los mismos.

A continuación analizaremos las estructuras normativas de algunos Entes Reguladores a fin de constatar si existen dicotomías entre ellos y así estar en mejores condiciones al final de nuestro trabajo de contribuir a brindar distintas propuestas o soluciones a dicha cuestión. Queremos expresar que el desarrollo que vamos a efectuar se circunscribe solamente a algunos pocos entes por un doble motivo, por un lado porque pensamos que con los que hemos elegido bastan para poder demostrar si existen o no dicotomías entre ellos y por otro lado porque resultaría demasiado tedioso y escaparía al objeto de nuestro trabajo el desarrollo de todos los entes existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

5. Organización interna.

Puede parecer una verdadera obviedad señalar que los modelos y estructuras organizativas de una institución deben adecuarse a la naturaleza de la misión, objetivos y metas que persigue. Sin embargo, son escasas las que consiguen plenamente este ajuste entre medios y fines. En parte, porque sus objetivos – o el alcance de los mismos

– no son claros y, por lo tanto, resulta difícil establecer relaciones causa – efecto entre un cierto esquema organizativo y su aptitud para lograrlos.

Y en parte, también, por fallas de diseño, vacíos o superposiciones de funciones y desplazamientos de objetivos debidos a interferencias políticas o luchas de poder.

Vistos desde este ángulo, los entes reguladores contarían con importantes ventajas constitutivas.

Por su naturaleza, se trata en general de organizaciones que pueden diseñarse ex novo, cuentan con una misión legítima y amplio consenso social, no reciben el legado de pesadas burocracias ni culturas patológicas y, potencialmente, están en condiciones de establecer funciones de producción más racionales y eficaces.

Sin embargo, la experiencia argentina demuestra que estas organizaciones no son inmunes a los problemas recién descriptos: su misión no tiene un alcance definido; sus funciones no son debidamente asignadas a las unidades y funcionarios responsables; y su subordinación al poder político las expone a verdaderos vaciamientos en el plano decisorio.

6. Los Marcos Regulatorios.

Tal como lo señala Cassagne⁸², el proceso de privatizaciones de las empresas prestatarias de servicios públicos ha sido acompañado del dictado de una serie de normas reguladoras, en el orden nacional, de la respectiva actividad, las que tienen unas veces su fuente en una ley formal y material y, en otras, en reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo. El conjunto de las normas aplicables a un determinado sector ha recibido el nomen juris de Marco Regulatorio, aunque, en rigor, se trata de algo más que de fijar los principios o bases que deben guiar la regulación, pues el contenido de cada

marco regulatorio constituye un sistema completo e integrado, dejando sólo los detalles o pormenores para las reglamentaciones que dicten los distintos órganos de aplicación, mediante el ejercicio de las facultades que les han sido delegadas.

Continúa el autor sosteniendo que el fenómeno regulatorio de los servicios públicos no se agota con las leyes o decretos que sancionan los marcos normativos puesto que responde a una diversidad de fuentes entre las que figuran, entre otras, los decretos reglamentarios de cada marco, las resoluciones de esa naturaleza provenientes de la Administración concedente y de los entes regulatorios y los pliegos y las cláusulas de las licencias o contratos de concesión, a más de la posibilidad que siempre existe de que la regulación aparezca a posteriori del complejo normativo y contractual existente al momento del acto de adjudicación, hecho éste que plantea no pocos problemas jurídicos.

A continuación expondremos a modo de ejemplo algunos Entes Reguladores detallando sus marcos regulatorios y sus características principales a fin de tomar real conocimiento de sus estructuras y dicotomías entre ellos.

6.1. Los Entes Reguladores en sí

Entre los Nuevos Entes Reguladores podemos mencionar;

6.1.1. El Ente Nacional Regulador de Electricidad.^{83 84 85}

El art. 54⁸⁶ de la ley 24.065 es quien crea 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 debe llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2º⁸⁷ de dicha ley.

Entre ellos figuran en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad los siguientes: a) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios; b) Promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo; c) Promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad; d) Regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables; e) Incentivar el abastecimiento, transporte, distribución y uso eficiente de la electricidad fijando metodologías tarifarias apropiadas; f) Alentar la realización de inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible.

Este ente regula la actividad relacionada con el transporte y distribución de electricidad.

El art. 55⁸⁸ de esta misma ley es el que establece que “...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 adquiera en el futuro por cualquier título...”.

“...Tendrá su sede en la ciudad de Buenos Aires...”. Es dirigido y administrado por un directorio integrado por cinco (5) miembros, de los cuales uno es su presidente, otro su Vicepresidente y los restantes vocales.⁸⁹

Los miembros del directorio son 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 dura cinco (5) años y puede ser renovado en forma indefinida. Cesan en sus mandatos en forma escalonada cada año. Al designar el primer directorio, el Poder Ejecutivo es quien establece la fecha de finalización del mandato del presidente, vicepresidente y de cada vocal para permitir tal escalonamiento.⁹⁰

El ente se rige en su gestión financiera, patrimonial y contable por las disposiciones de la presente ley y los reglamentos que a tal fin se dicten. Queda sujeto al control externo que establece el régimen de contralor público. Las relaciones con su personal se rigen por la Ley de Contrato de Trabajo, no siéndoles de aplicación el régimen jurídico básico de la función pública⁹¹.

En sus relaciones con los particulares y con la administración pública, el ente se rige por los procedimientos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias⁹².

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, aquí debe someterse 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, someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente⁹³.

Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁹⁴.

6.1.2. El Ente Nacional Regulador del Gas. ^{95 96}

Tiene a su cargo la regulación de la actividad vinculada con el transporte y distribución del gas natural⁹⁷.

Funciona en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Es un ente autárquico, y posee plena capacidad jurídica para actuar en el ámbito del derecho público y privado⁹⁸.

El Ente Nacional Regulador del Gas es dirigido y administrado por un directorio de cinco miembros, uno de los cuales será el presidente, otro el vicepresidente y los restantes los vocales, designados todos ellos por el Poder Ejecutivo Nacional⁹⁹.

Los miembros del directorio del Ente Nacional Regulador del Gas, son seleccionados entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia y designados por el Poder Ejecutivo Nacional.

Duran un período 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 establece también en este caso la fecha de finalización de cada uno para permitir el escalonamiento¹⁰⁰.

El presidente dura cinco (5) años en sus funciones y puede ser reelegido¹⁰¹. Los miembros del directorio deben tener dedicación exclusiva a su función, alcanzándoles las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y sólo pueden ser removidos de sus cargos por acto fundado del Poder Ejecutivo Nacional.

Toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente Las decisiones de

naturaleza jurisdiccional del ente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.

El recurso deberá interponerse fundado ante el mismo ente dentro de los quince (15) días de notificada la resolución. Las actuaciones se elevarán a la cámara dentro de los cinco (5) días contados desde la interposición del recurso y ésta dará traslado por quince (15) días a la otra parte¹⁰². Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal¹⁰³.

Este ente está sujeto al control externo establecido por la ley de Administración financiera N° 24.156¹⁰⁴, y su personal está regido por la ley de contrato de trabajo N° 20.744¹⁰⁵.

6.1.3. La Comisión Nacional de Comunicaciones.

La CNC fue creada por el Decreto 660/1996¹⁰⁶ art. 31 (modificado por decretos 952/96¹⁰⁷, art. 2; 1260/96¹⁰⁸ art. 1.) publicado en el Boletín Oficial el 24 de junio de 1996, a partir de la fusión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT), la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT) y el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER).

El Organismo se financia con Recursos Propios, provenientes de lo recaudado por concepto de Tasa de Control, Fiscalización y Verificación; de Derechos y Tasas radioeléctricas; y postales.

La Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) es un organismo descentralizado, que actúa en el ámbito de la Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación, su estructura organizativa¹⁰⁹ fue aprobada por Decreto 1626/96 y sus competencias específicas están definidas en el Manual de Misiones y Funciones^{110 111} y tiene como misión la regulación administrativa y técnica, el control, la fiscalización y verificación en materia de telecomunicaciones y postal, de acuerdo con la normativa aplicable y las políticas fijadas por el Gobierno Nacional. Ella debe asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios y promover el carácter universal del Servicio Básico Telefónico, a precios justos y razonables, así como la competencia leal y efectiva en la prestación de aquellos servicios que no estén sujetos a un régimen de exclusividad. En materia postal ejerce el Poder de Policía controlando el cumplimiento efectivo de las leyes, decretos, reglamentaciones, y fiscalizando la actividad realizada por el Correo Oficial y los prestadores privados de servicios postales, asegurando la calidad de las prestaciones y la observancia de los principios de regularidad, igualdad, generalidad y continuidad en el desarrollo de la actividad e inviolabilidad y secreto postal¹¹².

La conducción de la Comisión Nacional de Comunicaciones es ejercida por un Directorio formado por ocho (8) miembros, de los cuales uno (1) será Presidente, dos (2) Vicepresidentes, y el resto Vocales, todos ellos designados por el Poder Ejecutivo Nacional. Los Vocales durarán cinco (5) años en sus funciones y podrán ser nombrados nuevamente por un solo período adicional.

El Presidente y los Vicepresidentes, duran igual término y también podrán ser nombrados nuevamente por un sólo período adicional¹¹³.

Los miembros de este directorio deberán reunir los requisitos para ser funcionario público y se desempeñan con dedicación exclusiva. Asimismo deberán ser

especialistas en alguna disciplina utilizada en el ámbito de las telecomunicaciones y con experiencia en el ejercicio de las mismas en dicho ámbito¹¹⁴.

Los directores son removidos por el mismo Poder Ejecutivo, previo dictamen acusatorio de la Sindicatura General de Empresas Públicas y sustanciación del sumario por la Procuración del Tesoro de la Nación¹¹⁵.

Actualmente el presente organismo está bajo intervención del Poder Ejecutivo¹¹⁶ que prorroga la intervención de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) hasta diciembre de 2008

Respecto de este organismo es de aplicación la Ley de Procedimientos Administrativos.

6.1.4. El Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos.

Este organismo se crea a través de los decretos 375/97¹¹⁷ y 16/98¹¹⁸ en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, dentro de la jurisdicción del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, Secretaría de Obras Públicas y Transporte¹¹⁹.

El Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos goza de autarquía y posee plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado¹²⁰.

Es dirigido y administrado por un Directorio integrado por cuatro miembros, de los cuales uno será su Presidente, otro su Vicepresidente y los restantes se desempeñarán como vocales. El Presidente, el Vicepresidente y uno de los vocales serán

designados por el Poder Ejecutivo Nacional, mientras que el segundo vocal será designado, de común acuerdo, por los Gobernadores de las Provincias donde se encuentren ubicados aeropuertos que integren el Sistema Nacional de Aeropuertos¹²¹. La duración en los cargos de los miembros del directorio es de 3 años, pudiendo ser reelectos.

Las relaciones entre el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos y su personal dependiente, se rigen por la Ley de Contrato de Trabajo¹²². Toda controversia que se suscite entre personas físicas o jurídicas con motivo de la administración y/o explotación de los aeropuertos del Sistema Nacional de Aeropuertos debe ser sometida en forma previa a la jurisdicción del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, el cual es el único órgano administrativo con facultades jurisdiccionales sobre cuestiones de esta naturaleza.

Las decisiones del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos de naturaleza jurisdiccional agotan la vía administrativa.

En sus relaciones con los particulares y con los demás organismos de la Administración Pública Nacional se rigen por los procedimientos establecidos en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias¹²³. Al personal se le aplica en cambio la Ley de Contrato de Trabajo¹²⁴.

6.1.5. Ente Regulador de Agua y Saneamiento.

Este organismo, funciona en el ámbito de la provincia de Buenos Aires anteriormente Ente tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), el cual había sido creado por ley 23.696¹²⁵, Anexo I, decreto. 999/92¹²⁶, y derogado por ley 26.221¹²⁷, la cual crea en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y

Servicios, al Ente Regulador de Agua y Saneamiento, organismo que tiene como finalidad ejercer el control en materia de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el Area Regulada, incluyendo la contaminación hídrica en lo que se refiere al control y fiscalización de la Concesionaria como agente contaminante, de conformidad con lo establecido en su Marco Regulatorio.

En tal sentido tiene 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, y tiene como concesionaria a la Sociedad Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima (AySA SA).

Este ente regulador es una entidad autárquica con capacidad de derecho público y privado, en cuya dirección intervienen un representante de la ciudad autónoma de Buenos Aires, un representante de la provincia de Buenos Aires y un representante del Poder Ejecutivo Nacional, su sede funciona en la Capital Federal.

Está conducido por un Directorio compuesto por tres miembros nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional, dos de ellos, a propuesta del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, respectivamente.

Los miembros del Directorio deberán observar los mismos requisitos que para ser diputado nacional y contar con probada experiencia e idoneidad acordes a las actividades que deban cumplir, rigiendo las incompatibilidades vigentes para los funcionarios públicos.

Las autoridades de este Ente Regulador son elegidas entre los miembros del Directorio, salvo el Presidente que es designado por el Poder Ejecutivo Nacional.

El mandato de los miembros del Directorio se extiende por cuatro (4) años y su designación puede ser renovada por un solo período de idéntica duración.

Los miembros de este Directorio son removidos de sus cargos por el Poder Ejecutivo Nacional.

Este Ente Regulador cuenta además con un Gerente General designado por el Directorio que tiene a su cargo coordinar la relación del directorio con la Comisión Asesora y con las gerencias técnicas.

Los directores son directamente responsables por las acciones y omisiones de este Gerente.

El Ente Regulador cuenta también con una Comisión Asesora, integrada por tres (3) representantes de los municipios comprendidos en la jurisdicción de la concesión, un (1) representante de la provincia de Buenos Aires, un (1) representante del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un (1) representante del Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento (ENOHSA) y un (1) representante de la Subsecretaría de Recursos Hídricos.

La Comisión Asesora sesiona como mínimo dos veces por mes y analiza los temas que considere de su incumbencia vinculados a los servicios y cuestiones de incumbencia del Ente Regulador. La Comisión emite dictámenes o despachos fijando en su opinión los que deberán tener tratamiento obligatorio por parte del Directorio del Ente Regulador.

En el ámbito del Ente Regulador actúa también una Sindicatura de Usuarios conformada por representantes de las Asociaciones de Usuarios registradas en la

Subsecretaría de Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía y Producción, e inscriptas conforme lo establecido en las normas aplicables en la materia.

Sus miembros son elegidos por la institución que representan conforme el mecanismo que disponen las entidades de las cuales provienen. Su desempeño es "ad honorem". Los integrantes de la Sindicatura de Usuarios se vinculan con el Directorio del Ente Regulador a través de la Gerencia General.

El Ente regulador cuenta también con un Defensor del Usuario, cuya misión es representar institucionalmente los intereses de los usuarios en las audiencias públicas, así como en cuestiones contenciosas o de procedimientos administrativos en las que el Ente Regulador es parte y los derechos de los Usuarios pudieran estar afectados por su decisión. Su actividad no limita la que desarrolle la Sindicatura de Usuarios en virtud de sus funciones y competencias. Debe, por el contrario, representar sus criterios y posiciones.

El Defensor del Usuario es seleccionado por concurso público entre profesionales con la debida formación, competencia y antecedentes para el caso. No puede ser removido en su cargo salvo por las causales que rigen para los Directores. Su remuneración será equivalente al nivel gerencial del Ente.

6.1.6. Ente Nacional Regulador de Servicios Sanitarios.

EL ENRESS, funciona en el ámbito de la provincia de Santa Fe, creado por ley 11.220¹²⁸.

Es una entidad autárquica administrativa en la órbita del Ministerio de Obras, Servicios Públicos y Vivienda, con competencia en el ejercicio del poder de policía comprensivo de la regulación y el control de la prestación del Servicio en todo el ámbito

territorial de la Provincia de Santa Fe, cualquiera sea el Prestador, y en particular, con relación al Concesionario, controla el cumplimiento de las obligaciones a cargo de este último previstas en las normas aplicables¹²⁹.

Está dirigido y administrado por un directorio de cinco (5) miembros titulares, designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo legislativo, de los cuales uno (1) es a propuesta de la organización gremial más representativa de los trabajadores de la actividad; en todos los casos los miembros propuestos deben contar con experiencia e idoneidad, acorde con la naturaleza e importancia de la actividad que deben cumplir.

Los Directores permanecen en sus funciones por períodos de cuatro (4) años, sólo pueden ser removidos por el Poder Ejecutivo por justa causa que implique un grave incumplimiento de sus funciones.

El presidente y el vice-presidente del Ente Regulador de Servicios Sanitarios son designados por el Poder Ejecutivo de entre los miembros del directorio, y duran en sus cargos por un plazo de dos (2) años con posibilidad de reelección.

El presidente es quien ejerce la representación legal y, en caso de impedimento o ausencia transitoria es reemplazado por el vicepresidente. Todos los Prestadores del Servicio, sean públicos o privados, se encuentran sujetos al control permanente y al poder disciplinario del Ente Regulador de Servicios Sanitarios¹³⁰.

Ente Regulador de Servicios Sanitarios puede aplicar sanciones tales como apercibimientos, multas, intervenciones cautelares.

Estas decisiones, dictadas dentro de los límites de su competencia, gozan de los caracteres propios de los actos administrativos y obligan tanto a Prestadores como a Usuarios.

Las decisiones adoptadas por el directorio del Ente Regulador de Servicios Sanitarios habilitan la vía judicial. No obstante ello, el recurrente puede optar por interponer los remedios y recursos administrativos que correspondan por aplicación de las normas generales de procedimiento administrativo de la provincia de Santa Fe.

Todos los reclamos de los usuarios relativos al servicio o a las tarifas y tasas deben deducirse directamente ante los Prestadores, y se resuelven en los plazos fijados en las Normas Aplicables. Transcurridos dichos plazos sin que exista una resolución expresa, los Usuarios pueden dar por denegados los reclamos por silencio de los Prestadores. Contra las decisiones o el silencio de los Prestadores, los Usuarios podrán interponer un recurso directo ante el Ente Regulador de Servicios Sanitarios, dentro del plazo de treinta (30) días corridos a partir de configurado el silencio o del rechazo expreso de los Prestadores.

El Ente Regulador de Servicios Sanitarios dispone de un plazo de treinta (30) días corridos para resolver el recurso interpuesto. Antes de resolver, el Ente Regulador de Servicios Sanitarios debe solicitar a los Prestadores los antecedentes del reclamo y cualquier otra información que estime necesaria al efecto, fijándole un plazo razonable para responder y remitiéndole copia del recurso.

En oportunidad de contestar, los Prestadores pueden también exponer su opinión sobre el reclamo. Son aplicables las normas de procedimiento administrativo de la provincia de Santa Fe, sin perjuicio de lo establecido en la ley 11.220¹³¹.

Las decisiones del Ente Regulador de Servicios Sanitarios obligan a los Prestadores, sin perjuicio de su facultad de interponer los recursos administrativos y judiciales pertinentes.

En cualquier etapa del procedimiento, el Ente Regulador de Servicios Sanitarios puede ordenar la suspensión cautelar de los efectos de los actos impugnados, cuando exista verosimilitud del derecho de los Usuarios y peligro en la demora.

Los Usuarios no deben agotar previamente la vía recursiva para demandar judicialmente a los Prestadores, cuando las circunstancias del caso revelen la existencia de una manifiesta arbitrariedad de los actos cuestionados y la presencia de peligro en la demora¹³².

El Ente Regulador de Servicios Sanitarios está sometido a los siguientes controles: a) De legalidad. El control de los actos del Ente Regulador de Servicios Sanitarios es ejercido por el Tribunal de Cuentas de la provincia de Santa Fe b) De auditoria. El Ente Regulador de Servicios Sanitarios puede también ser auditado por entidades privadas bajo normas usualmente aceptadas. c) Jerárquico. El Ente Regulador de Servicios Sanitarios está sujeto al control jerárquico sobre sus actos recurridos administrativamente por los particulares, sean Usuarios o no, y por los Prestadores, según lo dispuesto en el artículo 113¹³³ de la presente ley. d) Judicial. El Ente Regulador de Servicios Sanitarios puede ser demandado judicialmente ante los tribunales competentes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 113 de esta ley.

7. Breves reflexiones.

En lo que respecta a estos entes reguladores, podemos decir que todos son organismos descentralizados y autárquicos, pero y tal como señala el Dr. Dromi¹³⁴ “...se pueden verificar en ellos grandes diferencias. Las mismas se producen desde la causa fuente de su creación, en tanto los hay surgidos de leyes y creados por decretos (que han adquirido rango de legislación delegada; ver leyes 25.148 y 25.645); con patrimonio propio o que dependen de un presupuesto elaborado por la Administración

central; aquellos en los que la designación de sus miembros se hace por concurso público, garantizando la idoneidad de sus miembros, y otros en los que prima la designación política; algunos en los que la remoción de sus miembros debe hacerse previo sumario, y otros en los que la decisión la toma el PEN, sin ningún tipo de sumario o investigación previos; algunos en los que se prevé la presentación de un recurso de alzada, otros en los que la decisión agota la instancia administrativa, entes con participación de provincias, municipios y asociaciones de usuarios, otros que no cuentan con ninguna participación; entes en los que se prevé la realización de audiencias públicas y otros en los que esta forma participativa no existe, entes que regulan y entes que sólo fiscalizan...”

Como pudimos apreciar en este capítulo el diseño de las estructuras de estos Entes Reguladores ha sido efectuada siguiendo criterios muy disímiles, lo que sin duda a nuestro entender ha conspirado con su eficaz aplicación y comprensión por parte de los usuarios.

Por otra parte el requisito unánimemente requerido por la doctrina de creación por ley formal de tales organismos de control sólo encuentra cumplimiento en los casos del ENRE y ENARGAS, los restantes han sido creados por decretos del Poder Ejecutivo y sin que se haya invocado la necesidad y urgencia a fin de permitir considerarlos equiparados materialmente al rango de ley.

En cuanto a la integración de los distintos organismos, vemos que en la mayoría, en la parte dispositiva o de los considerandos de las normas de creación de los diversos entes ponen de manifiesto la voluntad de crear cuerpos administrativos numéricamente reducidos e integrados por funcionarios altamente capacitados y profesionalizados. Para la integración de los mismos se ha previsto el mecanismo del concurso y en algunos casos con la intervención previa, aunque no vinculante, del Congreso de la Nación. Tal

es el caso del ENRE, (art. 58 y 59; ley 24.065) y el ENARGAS (art. 54 y 55; ley 24.076). No ocurre lo mismo con la CNC en cuyo caso la integración es efectuada por designación exclusiva del Poder Ejecutivo de la Nación.

Respecto del requisito de idoneidad de los integrantes de tales organismos creemos que debe estar presente en todos los funcionarios públicos ya sea que integren la administración o cualquier otro órgano, esta idoneidad es un requisito de carácter constitucional establecido en el art. 16 de nuestra carta magna¹³⁵.

En cuanto a la garantía de inamovilidad de sus miembros, requisito fundamental para asegurar la independencia e imparcialidad del órgano, decimos que de los casos analizados sólo la CNC cuenta con un sistema idóneo para preservar dicha independencia la cual está consagrada en el art. 18 del decreto 1185/90, el cual establece que los directores sólo pueden ser removidos por el Poder Ejecutivo Nacional por incumplimiento de sus obligaciones y previo dictamen acusatorio de la Sindicatura General de Empleos Públicos y sustanciación del sumario por la Procuración del Tesoro de la Nación, sin embargo y paradójicamente este organismo se encuentra intervenido por el Poder Ejecutivo desde el año 2002¹³⁶.

En tanto organismos con el ENRE o ENARGAS establecen que la remoción de los directores sólo puede hacerse por acto fundado y previo procedimiento que asegure el derecho de defensa. Esto es una pobre garantía por cierto, ya que como principio general del derecho administrativo todos los actos de la administración deben ser fundados y con audiencia al interesado.

Tanto la teoría como la experiencia internacional coinciden en la necesidad de que las agencias regulatorias gocen de autonomía. Este criterio se funda en la necesidad de dar continuidad a la labor de los equipos técnicos y de las autoridades político –

administrativas, más allá de la duración de un gobierno. También pretende aislarlos de presiones políticas y así brindarles mayores posibilidades de que su acción se guíe fundamentalmente por criterios técnicos. De esta forma, se aseguraría la necesaria previsibilidad para tomar decisiones que, por lo general, condicionan por muchos años la oferta del servicio.

Si bien en la Argentina los entes se organizaron bajo la forma de organismos autárquicos, en algunos casos la falta de autonomía respecto del poder político ha sido manifiesta y objeto de numerosas críticas. Naturalmente, la situación varía según los organismos de que se trate, pero la intervención del Poder Ejecutivo en las decisiones de los entes es recurrente

Hasta el momento, y en coincidencia con algunos autores, la experiencia argentina parece indicar que esta falta de independencia respecto del poder político y la puesta en cuestión de las normas vigentes resultan indudablemente más perjudiciales para los usuarios que para las propias empresas reguladas¹³⁷.

En este marco y como corolario a lo expuesto necesariamente debemos comprender que los Entes Reguladores no son defensores de usuarios sino de un orden jurídico que debe velar por la armonización de los intereses de los distintos sectores, esto es clientes y empresas, previendo el conflicto y evitándolo a través de una adecuada reglamentación y resolviéndolo en la forma más justa cuando éste se haya producido.

Resulta imperioso a la luz de la existencia de regímenes disímiles que complican el adecuado ejercicio de los derechos de los usuarios proceder a uniformar en la medida de lo posible las diferentes estructuras existentes de los distintos marcos regulatorios. El paso siguiente será determinar cuales son las funciones que cumplen los entes

reguladores como así también la extensión de las mismas, en pos del cumplimiento de sus fines.

⁴³ BIANCHI, Alberto B. Op. Cit. Pág. 214 y ss.

⁴⁴ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Parte General. Capítulo XV. Disponible desde URL: <http://www.gordillo.com/Tomo1.htm>

⁴⁵ BIANCHI, Alberto B. Op. Cit. Pág. 218.

⁴⁶ Ley 24.065 de Energía Eléctrica. Art. 72. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/24065.htm>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁴⁷ Ley 24.076 de Regulación del transporte y distribución de gas natural. Art. 66. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/24076.htm>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁴⁸ ENRE, ley 24.065, art. 76; ENARGAS, ley 24.076, art. 70

⁴⁹ BIANCHI, Alberto B. Op. Cit. Pág. 219

⁵⁰ Ley 24.144 (BO, 22/10/92), modificada por la 24.485 (BO, 14/04/95), constituye actualmente la Carta Orgánica del BCRA.

⁵¹ Ley de Entidades Financieras, BO, 21/02/77.

⁵² Ley 21.526 de Entidades Financieras. art. 37, 38. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/marco/Ley%20de%20Entidades%20financieras.PDF>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁵³ Ley 20.091 de Entidades de Seguro y su Control. art. 65. [en línea] [Disponible en Internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20965/norma.htm>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁵⁴ Ley 17.811, de oferta pública de valores, Bolsas o Mercados de Comercio y Mercado de Valores. Art. 1; [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16539/texact.htm>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁵⁵ Ley 24.557, de Riesgos del Trabajo. Art. 35. [en línea] [Disponible en Internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/norma.htm>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁵⁶ BIANCHI, Alberto B. Op. Cit. Pág. 223 y ss.

⁵⁷ BIANCHI, Alberto B. Op. Cit. Pág. 225.

⁵⁸ Ley 24.065, art. 59; ley 24.076, art. 55.

⁵⁹ Decreto 1185/90, art. 14; Ley 24.076, art. 56.

⁶⁰ Constitución Nacional: Art. 42. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁶¹ PÉREZ HUALDE, Alejandro. Constitución Nacional y control de los servicios públicos. La Ley. 2001. Tomo C, 1174.

⁶² Ley 24.065 de Energía Eléctrica, art.58; Ley 24.076 de Regulación del transporte y distribución de gas natural, art. 54.

⁶³ Ley 24.065 de Energía Eléctrica, art. 58.

⁶⁴ CASSAGNE, Juan Carlos "Derecho Administrativo". 7ma Edición. Tomo 1. Buenos Aires. Lexis Nexis Abeledo Perrot. 2002. Pág. 384.

⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 385.

⁶⁶ GORDILLO, Agustín. Op. Cit. Pág. 29.

⁶⁷ COMADIRA, Julio R. Reflexiones sobre la regulación de los Servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS). En: Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios. 2da Edición. Reimpresión. Buenos Aires. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. 2003. p. 637 672.

⁶⁸ DROMI Roberto. Derecho Administrativo. 11° Edición. Buenos Aires – México – Madrid. Ciudad Argentina. 2006.

⁶⁹ Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario. [en línea] [Disponible en Internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/71477/norma.htm>]. [Última consulta: 26/08/2008].

⁷⁰ El Decreto 293/02 (BO 14/02/2002) incorporó a estos criterios la necesidad de contemplar las inversiones efectivamente realizadas y las obligaciones contractuales asumidas por las empresas. [en línea] [Disponible en Internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/72323/norma.htm>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁷¹ Ley 25.561 de Emergencia Pública y reforma del Régimen Cambiario. Art. 14; – "Invítase a las Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios a adherir a las disposiciones de los artículos 8°, 9° y 10 de la presente ley". Op. Cit.

⁷² ASPIAZU, Daniel y BONOFILIO, Nicolás. Nuevos y viejos actores en los servicios públicos. Transferencias de capital en los sectores de agua potable y saneamiento y en distribución de energía eléctrica en la post-convertibilidad. FLACSO. Área de Economía y Tecnología. Octubre 2006. Buenos Aires. Argentina. p. 1 a 66. [en línea] [Disponible en Internet: http://www.flacso.org.ar/publicaciones_resultados.php?B=1&pagina=3]. [Última consulta: 28/07/08].

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ FMI. 16/01/03. Carta de Intención. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.imf.org/external/np/loi/2003/arg/01/index.htm>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Mediante la ley 25.790 se extiende el plazo para llevar a cabo la renegociación de Contratos de Servicios Públicos, luego se dictará la ley 25.820 la cual modifica la Ley N° 25.561, prorrogando la declaración de emergencia pública hasta el 31 de diciembre de 2004.

⁷⁷ Decreto 311/03 de Renegociación y análisis de contratos de servicios públicos. [en línea] [Disponible en Internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/86606/norma.htm>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁷⁸ Las normativas sucesivas que se dictaron fueron las siguientes: 25.792, la cual proroga el plazo al que se refiere el artículo 1° de la Ley N° 25.561 y las disposiciones de la Ley Complementaria N° 25.790; la ley 26.077 proroga la vigencia de la Ley N° 25.561 y sus modificatorias; la ley 26.204 proroga hasta el 31 de diciembre de 2007 la vigencia de la Ley N° 25.561, sus prórrogas y sus modificatorias y finalmente la que rige en la actualidad es la ley 26.339 que también proroga hasta el 31 de diciembre de 2008 la vigencia de la Ley N° 26.204. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.uniren.gov.ar/normativa.htm>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁷⁹ Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario. Op. Cit.

⁸⁰ Ley 26.221 de Creación del Ente Regulador de Agua y Saneamiento y de la Agencia de Planificación. Marco Regulatorio. Sancionada 13/02/07, Promulgada 28/02/07. . [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/26221.htm>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁸¹ Decreto N° 193/2006. Creación de Aguas Santafesinas.

⁸² CASSAGNE, Juan Carlos; Los marcos regulatorios de los Servicios Públicos y la inserción de la técnica contractual. La Ley 1994 tomo D. pág. 948.

⁸³ Ley 24.065 de Energía Eléctrica. Op. Cit.

⁸⁴ Decreto 1398/92 de aprobación de la reglamentación de la ley N° 24065.

⁸⁵ Ley 15.336 15/09/1960 de Energía Eléctrica. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.NSF/0/acb157413177d072862565400059de6e?OpenDocument>]. [Última consulta: 28/07/08].

⁸⁶ Ley 24.065 de Energía Eléctrica. Art. 54.

⁸⁷ Ibidem. Art. 2.

⁸⁸ Ibidem. Art. 55.

⁸⁹ Ibidem. Art. 57.

⁹⁰ Ibidem. Art. 58.

⁹¹ Ibidem. Art. 64.

⁹² Ibidem. Art. 71.

⁹³ Ibidem. Art. 72.

⁹⁴ Ibidem. Art. 76.

⁹⁵ Ley 24.076 de Regulación del transporte y distribución de gas natural.

⁹⁶ Decreto 1738/92 de aprobación de la "Reglamentación de la Ley N° 24.076" que regula la actividad de transporte y distribución de gas natural como servicio público nacional. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/1738-92.htm>] [Última consulta: 15/09/08].

⁹⁷ Ley 24.076 de Regulación del transporte y distribución de gas natural. Art 2°.

⁹⁸ Ibidem. Art. 51°.

⁹⁹ Ibidem. Art. 53.

¹⁰⁰ Ibidem. Art. 54.

¹⁰¹ Ibidem. Art. 57°.

¹⁰² Ibidem. Art. 66°.

¹⁰³ Ibidem. Art. 70.

¹⁰⁴ Ley N° 24.156, de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.mecon.gov.ar/digesto/leyes/ley24156.htm>]. [Última consulta: 26/08/08].

¹⁰⁵ Ley N° 20.744 Régimen De Contrato De Trabajo. [en línea] [Disponible en Internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>]. [Última consulta: 26/08/08].

- ¹⁰⁶ Decreto 660/96. Modificación de la Actual Estructura de la Administración Nacional. [en línea] Disponible en Internet: http://www.cnrt.gov.ar/estructu/norma/dec_660-96.HTM. [Última consulta 26/08/08].
- ¹⁰⁷ Decreto 952/96. [en línea]. [Disponible en Internet: http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/D_0952_96.htm]. [Última consulta: 26/08/08].
- ¹⁰⁸ Decreto 1260/96. [en línea]. [Disponible en Internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/40247/norma.htm>]. [Última consulta: 26/08/08].
- ¹⁰⁹ Disponible en Internet: <http://www.cnc.gov.ar/cnc/Organigrama.asp>
- ¹¹⁰ Disponible en Internet: <http://www.cnc.gov.ar/cnc/MyF/index.asp>
- ¹¹¹ Res. CNC 2065/99. [en línea] [Disponible en Internet: http://www.cnc.gov.ar/normativa/pdf/cnc2065_99.pdf] [Última consulta: 24/09/08].
- ¹¹² Disponible en Internet: <http://www.cnc.gov.ar/cnc/MyF/CNC.asp>
- ¹¹³ Disponible en Internet: <http://www.cnc.gov.ar/cnc/MyF/CNC.asp>
- ¹¹⁴ Decreto 1185/90. Creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/1185-90.htm>]. [Última consulta: 28/07/08]. Capítulo IV. Art. 14.
- ¹¹⁵ *Ibidem*. Art. 18.
- ¹¹⁶ Decreto 122/2007 [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.encyclomedios.com/node/1123>]. [Última consulta: 28/07/08]. Art. 1º - “Dase por prorrogada, a partir del 10 de diciembre de 2007, la Intervención de la COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES, organismo descentralizado de la SECRETARIA DE COMUNICACIONES dependiente del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, hasta el 10 de diciembre de 2008.”
- ¹¹⁷ Decreto 375/97 de llamado a Licitación Pública Nacional e Internacional para otorgar la concesión de la explotación, administración y funcionamiento de aeropuertos. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/375-97.htm>]. [Última consulta: 26/08/08].
- ¹¹⁸ Decreto 16/98 de aprobación a la estructura organizativa del Organismo Regulador Del Sistema Nacional De Aeropuertos en jurisdicción de la Secretaría de Transporte. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/16-98.htm>] [Última consulta: 15/09/08]
- ¹¹⁹ Decreto 375/97. Art. 14. Op. Cit.
- ¹²⁰ *Ibidem*. Art. 16.
- ¹²¹ *Ibidem*. Art. 18.
- ¹²² *Ibidem*.. Art. 24.
- ¹²³ *Ibidem*.. Art. 28.
- ¹²⁴ Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=25552>]. [Última consulta: 24/09/08].
- ¹²⁵ Ley 23.696. Op. Cit.
- ¹²⁶ Decreto 999/92 de Privatizaciones. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/999-92.htm>] [Última consulta: 26/08/08].
- ¹²⁷ Ley 26.221. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.saij.jus.gov.ar/news/files/ley26221.html>] [Última consulta: 26/08/08].
- ¹²⁸ Ley 11.220. de regulación de la prestación del Servicio de agua potable y creación del Enress en el Título II Capítulo IV. sancionada el 24/11/1994. [en línea] [Disponible en Internet: http://www.enress.gov.ar/areas_ley-11220.asp?seccion=con]. [Última consulta: 28/07/08].
- ¹²⁹ Disponible en Internet: http://www.enress.gov.ar/institucional_historia.asp
- ¹³⁰ *Ibidem*.. Art. 110.
- ¹³¹ *Ibidem*. Op. Cit.
- ¹³² *Ibidem*. Art. 114.
- ¹³³ *Ibidem*. Art. 113.
- ¹³⁴ DROMI Roberto. Pág. 870. Op. Cit. Pág. 35.
- ¹³⁵ Constitución Nacional. Art. 16. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>]. [Última consulta: 28/07/08].
- ¹³⁶ Decreto 521/02. Dispone la intervención de la Comisión Nacional de Comunicaciones por el período de vigencia de la ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario N° 25.561. [en línea] [Disponible en Internet: http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/D_0521_22.htm]. [Última consulta: 28/07/08].
- ¹³⁷ Oscar Oszlak y Ruth Fólder. La capacidad de regulación estatal en Argentina: Quis custodiet custodes?, (1998), en La Argentina que viene, Aldo Isuani – Daniel Filmus (comp.), FLACSO/EUDEBA, Buenos Aires.

Capítulo III

COMPETENCIA DE LOS ENTES REGULADORES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El alcance de las competencias de los entes. 2.1. Competencia Administrativa. 2.2. Competencia Legislativa. 2.3. Competencia Jurisdiccional. 2.3.1. Los conceptos jurídicos indeterminados. 2.3.2. El problema de la jurisdicción primaria.

1. Introducción.

En el presente capítulo intentaremos develar cuáles son las competencias y los reales alcances de las mismas asignadas a los distintos entes reguladores de nuestro país, de esta manera iremos delineando los elementos que son necesarios asegurar a fin de lograr, a nuestro entender, un correcto accionar de los mismos.

Una visión que nos permite introducirnos en el ámbito de las competencias de los entes es la que podemos encontrar en las palabras de Alberto Bianchi, quién nos indica que los mismos pueden ser considerados como un Estado dentro de un Estado.

A partir de esta introducción, por más de didáctica por cierto, es que nos resultará más sencillo realizar la mencionada caracterización, en donde tales entes según el autor, reúnen las tres competencias básicas de todo Estado: legislar, administrar y emitir pronunciamientos de carácter jurisdiccional.

Con respecto a estas tres amplias competencias diremos que en el presente capítulo si bien ellas serán desarrolladas en su totalidad, consideramos dedicarle una mayor extensión a las facultades jurisdiccionales, debido a la complejidad que acarrearán las mismas, para ello hemos dedicado un capítulo exclusivo¹³⁸ en miras a su correcto desarrollo y comprensión.

2. El Alcance de la Competencia de los Entes.

En los inicios del presente capítulo, ya nos encontramos con un gran interrogante que nos surge de la necesidad de determinar el alcance de las competencias de los entes estatales. Si bien podemos afirmar que tales organismos de control, como cualquier otro sujeto u órgano administrativo, deben actuar dentro del marco de su competencia, lo

cual es lo mismo que decir que deberá actuar dentro del marco de las atribuciones conferidas por su norma de creación.

Con el objeto de develar dicha cuestión diremos que tradicionalmente y basándonos en el principio de la permisión expresa se ha sostenido que mientras que la capacidad de las personas físicas en el derecho privado es una regla de carácter general, que la habilita a realizar todo lo que no esté expresamente prohibido, la competencia de los entes u órganos estatales constituye, en cambio, una habilitación normativa excepcional que autoriza a éstos a hacer sólo lo expresamente permitido. Es decir el órgano sólo tenía las atribuciones “expresamente” contempladas en la norma, sin poder extenderse más allá de lo “escrito” y taxativamente establecido en la ley respectiva, conllevando esta a un límite estricto para la actuación del ente.

Sin embargo y con el correr del tiempo este principio fue reemplazado por otro de carácter más amplio, llamado principio de la especialidad de la competencia, el cual representa el principal límite jurídico a la sobreactuación de los entes y órganos administrativos. Es decir que los entes reguladores como cualquier otro sujeto administrativo, no posee aptitud para actuar fuera del marco de la especialidad que les reconoce las normas atributivas de competencias. Más allá de las diferentes interpretaciones que pueda otorgarse al principio, no hay duda de que su trasgresión implicará que el acto resultante se hallará afectado de invalidez, la cual por principio, tendrá carácter absoluto, en virtud de la íntima conexión con el orden público administrativo, salvo que se altere la gradación jerárquica dentro de un mismo órgano.

Si bien conforme al mencionado principio de especialidad el ámbito de actuación del órgano administrativo se halla acotado en su actuación por la norma en cuanto a su fin y no puede ser extendido por la mera voluntad del agente público, podemos decir que hoy en día existen criterios superadores o más amplios

fundamentalmente basados en este principio de especialidad pero con ópticas diferentes según algunos autores.

Julio R. Comadira admite que las posibilidades de acción del órgano o del ente no sólo se encuentran en lo expresamente autorizado por la norma sino también en lo razonablemente implícito expresado en ella, definiendo el contenido de éste por el principio de especialidad, tal como él es considerado en el derecho privado respecto de las personas jurídicas¹³⁹. Asimismo y con el objeto de brindar un ejemplo el autor cita que las normas que fijan las competencias de los entes parecen adherir, en general, al criterio de la especialidad, en tanto atribuyen a los entes y a sus directorios la facultad de realizar todas las medidas o actos necesarios para cumplir los objetivos legales y sus funciones como entes¹⁴⁰.

Por su parte Cassagne si bien también avala el principio de especialidad sostiene que conforme a dicho principio el ámbito de actuación del órgano administrativo se encuentra previamente acotado por la norma (especialmente por su fin) y no puede ser extendido por la mera voluntad del agente público. Este principio continúa Cassagne, comprende tanto las facultades atribuidas en forma expresa o implícita, como las competencias inherentes que surgen en forma directa de los fines objetivos prescriptos en el acto normativo de creación del ente, con la salvedad de lo concerniente a la competencia para dictar actos de gravamen o aquellos comprendidos en la zona de reserva legal (creación de tasas, tributos o sanciones) donde se requiere ley del Congreso¹⁴¹.

En definitiva, entendemos junto a Cassagne que, la interpretación de las normas atributivas de competencia no puede contrariar la regla de la especialidad ni sus limitaciones. Y es en este contexto, en el que hay que interpretar las normas que atribuyen a los entes y a sus directorios los poderes para llevar a cabo las medidas o

actos que sean necesarios para cumplir con los fines y realizar las funciones que la ley les asigna.

Pues bien, a nuestro entender consideramos que, esta amplia pauta competencial debe interpretarse con prudencia en el caso de los entes reguladores, ya que ellos están dotados tanto de poderes normativos como ejecutivos y jurisdiccionales. Con esto lo que intentamos remarcar es que los entes no siempre pueden hacer todo lo necesario, como podría desprenderse de la letra de las normas de creación, porque no todo lo necesario es legítimo, así por ejemplo sería ilegítima la imposición al concesionario o prestador de un servicio, de mayores cargas que las previstas en los pliegos o en el contrato, invocando la competencia para reglamentar los modos de interrupción o reconexión de los suministros.

Alberto Bianchi en su amplia y conocida obra “La regulación económica” nos otorga algunos elementos más para el análisis de la cuestión. Si bien el autor no desconoce, sino que por lo contrario pugna por su aplicación, el principio de especialidad, le otorga al mismo un alcance distinto, que alimenta la discusión y sin dudas la enriquece.

El autor se introduce en el análisis del tema con una pregunta: ¿Cómo debe ser interpretada la competencia jurisdiccional de los Entes Reguladores?¹⁴². Sin dudas, la pregunta tiende a responder acerca de la amplitud con que debe ser interpretada la competencia jurisdiccional de los entes, adentrarnos en identificar, dice el autor, “...aquello que pueden y deben resolver los entes, respecto de lo que no pueden ni deben resolver...”.

Así, entiende el prestigioso jurista que los entes pueden y deben¹⁴³ resolver todas las controversias que se suscitan en el ámbito del servicio público regulado entre bs

sujetos identificados en cada marco regulatorio. “Se trata, en consecuencia, de una competencia acotada a límites materiales y subjetivos. De ello se sigue que los entes no pueden resolver conflictos suscitados entre dichos sujetos que no tengan como motivo la prestación del servicio público respectivo, o conflictos suscitados con motivo del servicio pero entre sujetos no comprendidos en la ley. Tanto el artículo 72 del marco regulatorio eléctrico como el 66 del marco gasífero son muy precisos al afirmar que la competencia de los entes surge con motivo de la prestación del servicio respectivo”¹⁴⁴.

Y aquí el autor vuelve sobre la cuestión relativa a si la competencia de los entes debe ser interpretada en forma amplia o restringida, coincidiendo con Cassagne en que los entes pueden hacer lo que les está expresamente permitido por las normas de creación, pero también lo que implícitamente surge, en forma razonable, de lo expreso.

De esta manera, una vez determinada la especialidad del ente u órgano y fijados así los límites de la competencia, la regla es la competencia. Fuera de la especialidad, la regla es la incompetencia. Sin embargo la coincidencia con Cassagne parece finalizar aquí, pues una vez avanzados sobre la amplitud de las competencias jurisdiccionales las opiniones parecen dividirse y seguir sobre polos opuestos.

Alberto Bianchi se sumerge, sin hesitar, en la tesis amplia o de la permisón amplia en el marco de la regla de la especialidad, y al respecto expresa en forma casi contundente: “...No quiero ser exagerado, pero tengo la impresión de que el reconocimiento o no de poderes implícitos en un órgano del gobierno condiciona completamente su existencia. Si no se reconocen, la actuación del órgano queda circunscripta a lo que las normas de atribución de competencia expresamente le indiquen. Si son reconocidos en cambio, las posibilidades de actuar son mucho más amplias y elásticas, pues no quedan reducidas a la imaginación (amplia o limitada) del legislador...”¹⁴⁵.

Ahora bien, si esto no fuera suficiente para reconocer la postura amplia, dice Bianchi, debemos reconocer que las propias palabras que los marcos regulatorios emplean ayudan aún más a despejar la cuestión, pues allí figura como elemento de hermenéutica, nada desdeñable dice Bianchi, la palabra “todas” ubicada delante de “controversias”.

Así, puede decirse que ha sido voluntad expresa del Congreso que los entes reguladores tomen a su cargo y resuelvan “todas las controversias” que se susciten con motivo de la prestación del servicio público respectivo.

“La idea de que sean todas las controversias, y no sólo algunas de ellas, refuerza la posibilidad del ejercicio de poderes implícitos. O, dicho de otra manera, la ley ha creado una competencia expresa: resolver todas las controversias. Dentro de esa enumeración genérica de una categoría, caben, implícitamente, una gran cantidad de casos no enumerados”¹⁴⁶.

Sin perjuicio de lo expuesto, para finalizar completamente la cuestión y volcar aquí la postura íntegra del autor en este tema, es preciso establecer que entiende el autor en el ámbito de los marcos regulatorios por la expresión “con motivo”. Es su criterio, que la expresión alude a que la controversia debe surgir “con ocasión de”, esto es, como efecto o resultado de la prestación del servicio público.

En otras palabras, adelantándonos a su postura relativa a los daños y perjuicios y definiendo la cuestión en relación a estos, el autor expresa que el daño tiene que ser la consecuencia de una deficiencia, omisión, irregularidad, incumplimiento contractual, etc., en la prestación del servicio.

El mismo Bianchi concluye diciendo que si efectivamente está acreditado que el daño y perjuicio producido al usuario (o a cualquier otro sujeto alcanzado por la

jurisdicción del ente) tuvo origen en una deficiente o irregular prestación del servicio, todo indica que aquél se produjo con motivo de la prestación del servicio, esto es, con motivo de una prestación deficiente, negligente, etc. En consecuencia, es el ente regulador el encargado de resolver dicha controversia, con desplazamiento de los órganos judiciales a los que aquél reemplaza en estas ocasiones¹⁴⁷.

En definitiva, y teniendo en cuenta que dicha cuestión será profundizada en los próximos párrafos simplemente nos limitamos a decir que, estos organismos de control reúnen amplias facultades ya que quien por un lado reglamenta las pautas de actuación de las Licenciatarias, también las fiscaliza, cumpliendo funciones ejecutivas. Además, si de los controles ejercidos surge un presunto incumplimiento, también las juzga y les impone una sanción. En otras palabras, reúne todas las funciones esenciales del Estado, sin la observancia del requisito de división de poderes o el reparto de competencias. En su ámbito tiene, por así decirlo, la “suma del poder público”.

A continuación y con ansiedad de develar el real alcance de cada una de las diferentes competencias de los entes reguladores las analizaremos concretamente, hablamos más precisamente de las competencias administrativas, legislativas y jurisdiccionales.

2.1. Competencia Administrativa.

Tal como mencionáramos en la introducción al presente capítulo y siguiendo las palabras del prestigioso Alberto Bianchi, el cual considera que los entes reguladores pueden ser considerados como un Estado dentro de un Estado, corresponde ahora determinar las competencias administrativas de los mismos en ejercicio de las cuales cumplen determinados cometidos que pueden enumerarse sintéticamente o resumirse en las siguientes facultades: a) fiscalización y control del concesionario o licenciatario, b)

aprobación de tarifas; c) protección del usuario; d) aprobación de planes de mejora y expansión; e) prevención de conductas monopólicas; f) protección del medio ambiente, la propiedad y la seguridad pública; g) intervención en cuestiones contractuales; h) establecimiento de restricciones al dominio; i) actuación en sede judicial; y j) percepción de tasas.

Es claro que la tarea de control y fiscalización sobre el concesionario o licenciatarario constituyen una de las actividades más específicas de los entes y está dentro de las que justifican su existencia. Está constituida por un diverso grupo de facultades tales como el régimen tarifario vigente, los planes de obra y de mantenimiento aprobados, los planes de mejoras y expansión aprobados y los planes de inversión, operación y mantenimiento, el mantenimiento de las instalaciones afectadas a las obras y servicios, la vigencia de seguros y garantías y sus actualizaciones; la homologación de equipos y materiales de uso específico en telecomunicaciones; el cumplimiento del requisito de selección competitiva de proveedores.

Además estos entes cuentan con la posibilidad de intervenir en la valorización de aportes en especie para la formación e incrementos posteriores del capital de la sociedad concesionaria y fiscalizar los ajustes anuales de capital social que prevea el contrato de concesión. También pueden analizar y expedirse acerca del informe anual que los concesionarios deberán presentar, dar a publicidad sus conclusiones y adoptar las medidas que contractualmente correspondan¹⁴⁸.

Pueden también a los efectos de realizar el control efectuar un requerimiento de información¹⁴⁹. Asimismo están facultados para realizar inspecciones, siempre con el adecuado resguardo de confidencialidad de información que pueda corresponder de acuerdo con lo dispuesto en el marco regulatorio¹⁵⁰.

Siguiendo con las restantes facultades nos encontramos con la relativa a cuestiones tarifarias, la cual sin dudas reviste una importancia significativa, y con respecto a ella diremos que los entes poseen las siguientes facultades en dicha materia a) establecer las bases para el cálculo de las tarifas; b) controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes habilitaciones y con las disposiciones de la ley; c) aprobar las tarifas que aplicarán los prestadores, disponiendo la publicación de aquella a cargo de éstos; d) intervenir en las actualizaciones tarifarias; e) verificar la procedencia de las revisiones y ajustes que deban aplicarse a los valores tarifarios.

Es así que tanto el ENRE como el ENARGAS están facultados para notificar al prestador del servicio y convocarlo a una audiencia pública cuando adviertan que una tarifa resulta inadecuada o indebidamente indiscriminada o preferencial¹⁵¹. No obstante quien solicite o promueva la modificación soportará la carga de la prueba respectiva¹⁵², estas facultades en materia tarifaria han sido judicialmente ratificadas¹⁵³.

Siguiendo con la nómina de facultades que mencionáramos en un principio, llegamos a aquella que tiene en miras la protección del usuario, la cual sin dudas y al decir de Alberto Bianchi, constituye un aspecto polifacético en los entes reguladores, la cual se complementa con la facultad de dictar el reglamento del usuario. Podemos destacar entre tales facultades las de organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas, atender los reclamos de los usuarios en relación a la prestación de los servicios o tarifas, y producir en todos los casos una decisión fundada; resolver en instancia administrativa los reclamos de los usuarios u otras partes interesadas; informar y asesorar a los usuarios acerca de sus derechos y de los servicios a los que pueden acceder.

Es claro que son múltiples las tareas que en este terreno puede realizar un ente regulador. Así, por ejemplo el ENARGAS ha dejado sin efecto los modelos de contrato elaborados por una distribuidora con sus clientes para ser tenidos como Grandes Usuarios, por considerar que eran abusivos e inequitativos, resolución luego confirmada judicialmente¹⁵⁴.

Con respecto a la facultad de aprobar planes de mejoras y expansión, simplemente diremos que los entes intervienen en la formulación de dichos planes ya sea para analizarlos y proponerlos, o bien para aprobarlos. Un claro ejemplo lo encontraremos en la CNC, la cual tiene la posibilidad de adoptar las medidas que fueren necesarias para que la red pública de telecomunicaciones sea capaz de incorporar nuevos servicios, en particular, aquellos para los cuales exista una demanda razonable¹⁵⁵.

Una de las competencias de gran importancia es sin dudas las referentes a la prevención de conductas monopólicas que tienen los entes reguladores, devenida esta, del art. 42 de nuestra constitución nacional¹⁵⁶, así el gas, la energía eléctrica deben prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria¹⁵⁷.

En materia de telecomunicaciones se ha previsto que esa prevención incluye los subsidios desleales que reciban los servicios en régimen de competencia de parte de los servicios en régimen de exclusividad o prestados sin competencia efectiva¹⁵⁸. En esta materia se ha decidido que si bien la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor¹⁵⁹ tiene incidencia sobre la prestación de los servicios públicos, ello no libera al ENARGAS de cumplir con las funciones específicas que el marco regulatorio del gas le confiere a este respecto¹⁶⁰, lo cual no podía ser de otra manera atento que la misma

resulta también una razón de ser de todo ente regulador luego de la reforma del Estado y de las disposiciones de la nueva Constitución Reformada.

Con respecto a la facultad de protección del medio ambiente, la propiedad y la seguridad pública, encontramos que tanto en el ENRE¹⁶¹ como en el ENARGAS, poseen similares obligaciones. Más precisamente en el ENARGAS se establece que este deberá velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública, en la construcción y operación de los sistemas de transporte y distribución de gas natural, incluyendo el derecho de acceso a la propiedad de los productores, transportista, distribuidores y consumidores previa notificación, a efectos de investigar cualquier amenaza potencial a la seguridad y conveniencia pública¹⁶².

Los entes poseen asimismo una amplia gama de facultades contractuales relacionadas con el procedimiento de selección adjudicación y extinción de los contratos de concesión o licencia. Así por ejemplo pueden; determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de licencias¹⁶³, asistir al Poder Ejecutivo Nacional en las convocatorias a licitación pública y suscribir los contratos de concesión¹⁶⁴.

Pueden también en uso de sus facultades establecer, a pedido de la concesionaria, los bienes que deban ser afectados a expropiación o servidumbre, o bien autorizar las servidumbres de paso y otorgar otras autorizaciones¹⁶⁵.

En cuanto a la actuación judicial de los entes, podemos afirmar que todos al ser entidades autárquicas, pueden estar en juicio, como así también actuar judicialmente con el objeto de promover las acciones civiles o penales que tiendan a asegurar el cumplimiento de sus funciones y de los fines de las respectivas leyes y sus reglamentaciones¹⁶⁶.

Por último diremos que es facultad de los entes fijar y percibir tasas, derechos y aranceles, los que pasan a integrar su patrimonio. Por ejemplo en materia de Telecomunicaciones¹⁶⁷, electricidad¹⁶⁸, y gas¹⁶⁹ entre otros.

Con respecto a la facultad de aplicar sanciones la analizaremos dentro de las facultades jurisdiccionales como una modalidad de éstas.

Asimismo, el ente regulador tiene obligaciones que forman parte de su competencia administrativa, entre las cuales podemos citar la de brindar asesoramiento derivada de su capacitación técnica, a los concesionarios, licenciatarios o sujetos de la industria respectiva, a los usuarios y al Poder Ejecutivo; aquí podemos citar a la CNC, la cuál está obligada a asesorar al Poder Ejecutivo Nacional respecto a si los nuevos servicios que se introduzcan en el mercado deben prestarse en régimen de competencia o de exclusividad, teniendo en cuenta para ello que esos servicios se prestarán en exclusividad sólo cuando ello sea técnica o económicamente necesario¹⁷⁰.

Otra de las obligaciones de los entes es la de dar publicidad de sus actos, derivación inconfundiblemente derivada del principio republicano de gobierno que impera entre nosotros, la de informar al Ministerio o jurisdicción del cual dependen y el deber de confidencialidad para evitar que la divulgación de la información que poseen pueda resultar perjudicial. Así el ENARGAS, tiene que publicar los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios¹⁷¹, como así también deberá asegurar la publicidad de las decisiones que adopte, incluyendo los antecedentes sobre la base de los cuales fueron tomadas las mismas¹⁷². Situación similar ocurre en el ENRE¹⁷³.

Asimismo están obligados a informar al ministerio o jurisdicción del cual dependen del curso de sus actividades. El motivo de dichos informes se basan en que

los entes son entidades autárquicas y como tales dependen de un ministerio o jurisdicción de la administración central.

Finalmente y para ir concluyendo lo referente a las competencias administrativas de los entes reguladores debemos mencionar lo referente al deber de confidencialidad, el cual es de importante cumplimiento a fin de evitar que la divulgación de la información que poseen pueda resultar perjudicial. Ejemplo de esto lo encontramos nuevamente en el ENARGAS, el cual está obligado a preservar la confidencialidad de los datos que obtenga en el ejercicio de su facultad de requerir información a los transportadores o distribuidores¹⁷⁴.

Habiendo desarrollado, aunque sea, sintéticamente la cuestión de las competencias administrativas, podemos observar que las mismas son bastante amplias y no existe una uniformidad de criterios en lo referente a su aplicación para los distintos entes sino que cada uno estableció sus propias competencias, pero para poder dar una mejor visión analizaremos las restantes competencias ya que aún nos encontramos muy limitados para brindar un real panorama de lo expuesto.

2.2. Competencias Legislativas.

Las potestades reglamentarias otorgadas a los entes reguladores en sus marcos regulatorios son realmente amplias, entre las cuales podemos mencionar:

- a) Seguridad de las instalaciones.¹⁷⁵
- b) Procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos.¹⁷⁶
- c) Control y uso de medidores de interrupción y reconexión de los suministros.¹⁷⁷
- d) Procedimientos para el mantenimiento de los bienes afectados al servicio.¹⁷⁸
- e) Procedimiento para la aplicación de las sanciones¹⁷⁹.

- f) Reglamento de audiencias públicas.¹⁸⁰
- g) Reglamento para trámites y reclamaciones de los usuarios.¹⁸¹
- h) Sistemas y procedimientos para administrar, operar, conservar y mantener los aeropuertos.¹⁸²
- i) Seguridad radiológica y nuclear¹⁸³.

Ante todo queremos hacer mención que el presente tema no es un tema pacífico en doctrina, por lo cual intentaremos brindar aunque sea someramente algunas de las distintas visiones que se han elaborado.

La discordia existente radica en saber cuál es la amplitud con la que los entes regulatorios pueden ejercer esta competencia legislativa.

Así, Gordillo, enrolado en una postura amplia podríamos decir, sostiene que no existen las limitaciones constitucionales que prescribe el art. 76 de nuestra carta magna, en el sentido de permitir la delegación exclusivamente en cabeza del Poder Ejecutivo, no rigen respecto de los entes reguladores, los que se encontrarían habilitados para dictar reglamentos delegados a tenor de lo prescripto en el artículo 42 de la Constitución Nacional. El mismo Gordillo sostiene que “pueden atribuirse facultades a los entes previstos en el art. 42, a tenor de los marcos regulatorios allí previstos, sin la limitación temporaria que tiene el Poder Ejecutivo, pues allí la delegación la hace el Congreso al ente regulador en base a una previsión constitucional clara. Estos marcos, a su vez, a veces autorizan en forma expresa al ente a subdelegar en sus propios órganos dependientes las facultades que la ley les otorga, lo que no nos parece contrariar el texto ni el espíritu de la prohibición de delegación al Poder Ejecutivo y a fortiori de subdelegación por parte de éste”¹⁸⁴.

El mismo autor propone como un posible avance, que hasta ahora ningún ente ha decidido concretar, el crear internamente tribunales administrativos independientes, para resolver en sede administrativa los conflictos puntuales entre usuarios y prestador del servicio. Ello permitiría mejorar la calidad e imparcialidad del control administrativo, y por ende también facilitaría la calidad de la ulterior revisión judicial.

Por su parte Cassagne, enrolado en una postura totalmente diferente a la desarrollada por Gordillo, en relación al dictado de las normas relativas a la regulación económica, se inclina por la imposibilidad de que el Parlamento confiere a los “entes de control” un poder regulatorio autónomo o delegado, teniendo en cuenta para ello que el sistema constitucional argentino ubica la competencia para el dictado de normas generales en cabeza del Congreso Nacional y en segundo lugar en el Poder Ejecutivo, a través en este último caso, de los reglamentos de ejecución o delegados.¹⁸⁵

De manera que, para el autor, al Congreso de la Nación le estaría vedado delegar el ejercicio de la potestad reglamentaria en entes descentralizados de control, pues ello sería soslayar las atribuciones constitucionales del órgano ejecutivo. Sin perjuicio de ello, reservando y resguardando íntegramente las potestades reglamentarias del órgano Ejecutivo, los entes de control pueden “reglar aspectos de detalle que no impliquen la creación ex novo de obligaciones y derechos.

De lo contrario, afirma Cassagne¹⁸⁶, con ese criterio, cada vez que la constitución confiere una potestad legislativa al Congreso no se aplicarían las limitaciones que el artículo 76 prescribe en materia de delegación. Tal es, por otra parte, la norma específica que rige al respecto y ella no puede ser enervada por una interpretación implícita que dejaría prácticamente sin operatividad un claro ejemplo constitucional.

Aquí no hay más remedio que concluir que en el actual sistema constitucional, la potestad de los entes reguladores de dictar reglamentos delegados sólo subsiste en la medida en que la legislación delegante se adecue a las pautas que fija el citado art. 76, aparte de que los debería dictar el Poder Ejecutivo para que sean válidos constitucionalmente salvo que se acepte la sub-delegación de facultades en los entes reguladores lo que de por sí, constituye una cuestión que promete debates y controversias.

En definitiva, Cassagne presenta una postura restrictiva respecto de la potestad reglamentaria de los entes regulatorios, dejando en cabeza del Congreso y del Ejecutivo mediante el dictado de reglamentos de ejecución o delegados el ejercicio de la función regulatoria, entendida ésta como “dictado de normas”.

Similar postura encontramos en Comadira¹⁸⁷, el cual sostiene que si bien la cuestión relativa a la procedencia de la subdelegación tiene particular interés, ya que las normas creadoras de los entes los facultan, en general, para delegar en sus funcionarios las atribuciones que considere adecuadas para la eficiente y económica aplicación de la ley¹⁸⁸, esta potestad, tal como está concebida, es inconstitucional, porque habilita una delegación de competencias irrestricta, tanto de contenidos como de destinatarios.

Esto es para Comadira realmente cuestionable, no sólo en relación con las competencias legales, sino también respecto de la atribución de facultades estrictamente reglamentarias de la ley, porque en el primer caso, se flexibiliza en exceso el principio de división de poderes y, en el segundo, se agrava la relativización de la potestad reglamentaria presidencial.

Finalmente encontramos nuevamente a Alberto Bianchi¹⁸⁹, el cual le reconoce a los entes reguladores facultades para ejercer la función regulatoria.

Esta función regulatoria la pueden llevar a cabo a través de una delegación efectuada a los propios funcionarios del ente¹⁹⁰, o bien a través de una delegación progresiva hacia los gobiernos provinciales para que asuman aquellas funciones vinculadas con su competencia, tal como está contemplado en el caso del ENARGAS¹⁹¹.

Por su parte este mismo autor hace una distinción entre entes creados por ley y los creados por decreto con la finalidad de determinar que tipos o clases de reglamento emiten unos y otros, ya que para el mencionado jurista existen diferencias importantes y con alcances prácticos. Bianchi sostiene que cuando los entes reguladores son creados por ley del Congreso, los reglamentos que emiten en ejercicio de las competencias atribuidas legalmente deben considerarse reglamentos delegados en caso de tratarse de facultades expresamente contempladas en las leyes de su creación. Por el contrario son reglamentos autónomos en caso de tratarse de reglamentaciones propias del ente regulatorio. En cuanto a los entes creados por decreto del Poder Ejecutivo, sus reglamentaciones son el producido de las delegaciones de facultades por aquél órgano.

Bianchi se ocupa de distinguir con mucha precisión los entes reguladores creados por ley de los creados por decreto, especificando que en el ejercicio de facultades legislativas delegadas los creados por decreto no pueden afectar con sus decisiones la persona o bienes de terceros ajenos a la relación concedente-concesionario o licenciatario. No pueden tampoco crear tasas, derechos o aranceles ni sanciones disciplinarias, ni ordenar restricciones al dominio. Asimismo, dicho autor encuentra limitadas –en los entes creados por decreto- la potestad de intervenir al concesionario y también para el ejercicio de funciones jurisdiccionales¹⁹².

En definitiva, Bianchi asume una postura intermedia, en la cual nos enrolamos, pues sin llegar al extremo de la doctrina restrictiva de Cassagne, que niega el ejercicio

de la función regulatoria a quienes denomina “entes de control”, ni al otro extremo de la doctrina amplia de Gordillo según el cual los entes reguladores, se encontrarían habilitados para dictar reglamentos delegados a tenor de lo prescripto en el artículo 42¹⁹³ de la Constitución Nacional, ya que no existen limitaciones constitucionales que prescribe el art. 76, en el sentido de permitir la delegación exclusivamente en cabeza del Poder Ejecutivo. Bianchi decididamente limita la potestad reglamentaria de los entes creados por decreto y sujeta en todos los casos el ejercicio de esta potestad a lo encomendado por las leyes de creación.

Nos encontramos en la necesidad de mencionar que en materia de reglamentos de los entes reguladores se ha desarrollado la teoría de la “captura de los entes”, la cual consiste en que las empresas que prestan los servicios privatizados tratan de limitar u obstaculizar la entrada en el mercado de otros competidores de esos mismos servicios induciendo al ente a que dicte regulaciones cada vez más extensas y complejas, con la sencilla finalidad de desalentar la obtención de nuevas licencias o concesiones.

En las privatizaciones argentinas las empresas vencedoras en las licitaciones para la venta o concesión de servicios de utilidad pública no eran recién llegadas al mercado, a la actividad o al país, sino que en general se trata de firmas influyentes, antiguas y con larga actuación como proveedores del Estado.

Si bien con lo que hemos desarrollado no estamos en reales condiciones de establecer una conclusión de ningún tipo, si es factible establecer que no existe una diferenciación demasiado clara entre las llamadas facultades administrativas y reglamentarias de los entes reguladores. Es decir que a nuestro modo de ver no existe una división tajante entre las diferentes competencias, facultades o atribuciones. Veremos a continuación lo relativo a las facultades jurisdiccionales, teniendo en cuenta

la división establecida por Alberto Bianchi en sus diferentes obras y artículos ya mencionados en este trabajo.

2.3. Competencia Jurisdiccional.

La llamada competencia Jurisdiccional constituye sin dudas un capítulo más de la extensa cuestión relativa al ejercicio de poderes jurisdiccionales en la Administración.

Respecto a la mencionada competencia y su vinculación con los nuevos entes reguladores, desde ya decimos que la legislación creadora de los mismos no fue acompañada de una innovación en materia de competencias jurisdiccionales. Con esto queremos decir que no existen mayores diferencias entre las facultades jurisdiccionales que ejerce el Banco Central sobre las entidades financieras y las que ejerce el ENARGAS y el ENRE sobre las empresas por ellos reguladas.

Algunos autores como Huici¹⁹⁴ asiente que los entes reguladores han sido dotados de la potestad jurisdiccional o cuasi jurisdiccional en función de la cual actúan en condiciones muy similares a los órganos del Poder Judicial en los conflictos que susciten los servicios públicos privatizados, entre los prestadores del servicio, los usuarios y otros terceros interesados. Sin embargo dice el autor lo han hecho siguiendo criterios disímiles, lo que sin duda conspira contra su eficaz aplicación y comprensión por parte de los usuarios e incluso apartándose en algunos casos de principios generales y legislativos en la materia, introduciendo una innecesaria confusión que podría haber sido fácilmente evitada siguiendo las pautas prescriptas en la ley 19.549¹⁹⁵ y su decreto reglamentario.

En el mismo sentido podemos afirmar que no existe en la actualidad un criterio uniforme acerca de lo que debe entenderse por facultad jurisdiccional, así en el marco regulatorio del gas en su art. 66 establece que "...toda controversia que se suscite entre

los sujetos de esta ley... deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente...”, disposición que se repite con bastante similitud en el marco regulatorio eléctrico¹⁹⁶.

Es decir que el art. 66 del marco regulatorio del gas introduce una instancia jurisdiccional aplicable a todos los sujetos de la ley así como a los terceros interesados con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas.

A diferencia de lo que ocurre en materia eléctrica con los usuarios y terceros, el sometimiento de tales cuestiones a la instancia jurisdiccional del ENARGAS resulta previa y obligatoria en todos los casos. Las decisiones que se adoptan en este procedimiento son consideradas de naturaleza jurisdiccional, no resultando pasibles de recurso de alzada, a diferencia de lo que acontece en materia eléctrica, sino únicamente del recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

En cambio, en materia de regulación eléctrica, el artículo 72 de la Ley N° 24.065 introduce una instancia jurisdiccional destinada a resolver las controversias que se presenten entre los distintos agentes del Mercado Eléctrico Mayorista. Ello al disponer que toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Es facultativo para los usuarios así 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.

Cabe distinguir aquí entonces que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 72 del marco regulatorio de la electricidad, en relación a los terceros ajenos a la relación concesional, "...Es facultativo para todos los usuarios, así como para todo tipo de terceros...someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente...".

De conformidad a lo establecido por la Ley N° 24.065¹⁹⁷ las resoluciones del ENRE adoptadas en ejercicio de la función materialmente administrativa como jurisdiccional son recurribles por vía de alzada ante la Secretaría de Energía en función de la delegación impuesta por el Decreto N° 1398/92¹⁹⁸. Dado el carácter optativo de este recurso, los administrados pueden optar por concurrir directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal por la vía del recurso directo previsto en el mencionado Artículo 76 o utilizarla una vez denegada la alzada.

La reglamentación del art. 76¹⁹⁹ de la ley contiene una interesante disposición. En su segundo párrafo prescribe que "...A los efectos de determinar los alcances del contralor de la Secretaría de Energía Eléctrica, con respecto a cada uno de los actos del citado Ente que fueren recurridos, aquélla deberá, previamente caracterizar el acto, según sea o no de naturaleza jurisdiccional...".

La primera observación que se puede realizar es que un acto será o no de naturaleza jurisdiccional con independencia de la calificación que la Secretaría pueda efectuar. Sin duda y en aras de aportar claridad hubiese sido preferible seguir el criterio utilizado por el régimen del gas. En segundo lugar debe entenderse que tal decisión constituirá un acto administrativo y como tal susceptible de los recursos que contra éstos proceden.

Respecto a este punto nos surge la pregunta si realmente resulta necesario frente a un acto de naturaleza jurisdiccional del Ente interponer un recurso ante el superior (Secretaría de Energía), habida cuenta del restringido y excepcionalísimo carácter del control por parte de este último, para acceder al control judicial.

La respuesta parece ser afirmativa. Ello así, por cuanto la vía administrativa recién se tendrá agotada con el recurso de alzada (art. 76 de la reglamentación de la ley 24.065, decreto 1398/92) y aun cuando el contralor de este tipo de actos (jurisdiccionales) por parte de la Secretaría de Energía se encuentre limitado será necesario tener un pronunciamiento de ésta. De lo contrario se correrá el riesgo de que, por vencimiento del plazo (quince días) no quede habilitada la instancia judicial. Así, será necesario interponer la alzada, aunque sea para obtener una negativa fundada en el art. 99 del reglamento de procedimientos administrativos, para luego interponer el recurso directo ante la Cámara previsto en el art. 76 de la mencionada ley, en el que, pese a su carácter de recurso, debería haber amplitud de prueba y debate.

2.3.1. Los conceptos jurídicos indeterminados.

Por su constante presencia en los marcos regulatorios de los servicios públicos, resulta oportuno mencionar que uno de los métodos comúnmente utilizados para limitar el accionar de la Administración ha sido la incorporación como condicionante, dentro de la norma que faculta su actuación, de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”.

Dicha técnica consiste, sintéticamente, en supeditar el dictado del acto administrativo a la presencia de requisitos cuyo contenido no se encuentra precisado por las normas, tales como “idoneidad” u “orden público”, los que, para su inteligencia,

necesariamente requieren de un proceso interpretativo íntimamente ligado a los hechos que motivan el dictado del acto.

En la Ley N° 24.076 encontramos claros ejemplos de ellos, tales como las “tarifas justas y razonables”²⁰⁰, el “uso racional del gas natural”²⁰¹, la “demanda razonable de servicios de gas”²⁰², los “costos operativos razonables”²⁰³ o el “mínimo costo para los consumidores compatible con la seguridad del abastecimiento”²⁰⁴.

En este sentido si bien consideramos que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten múltiples soluciones igualmente justas para la administración, sino sólo una en cada supuesto, este tipo de preceptos no sólo no permite dar respuestas claras a las nuevas situaciones que se generan en la realidad, sino que también le otorgan a los entes un marco de discrecionalidad demasiado amplio a nuestro criterio.

Como pudimos ir viendo a través del desarrollo del presente título en aquellos supuestos en donde pueda suscitarse un caso, en el sentido judicial del término, susceptible de ser llevado a la justicia, habrá materia jurisdiccional en la que estos entes tendrán intervención previa y obligatoria.

Sin embargo, las funciones de los entes pueden ser más amplias todavía, y en esto nos ligamos a lo sostenido por Alberto Bianchi²⁰⁵, el cual nos detalla claramente que sin dudas las facultades disciplinarias que todos los entes poseen constituyen un claro ejemplo de lo que estamos afirmando. En este supuesto no hay una controversia entre diferentes sujetos pero decididamente sí hay una decisión; de aplicar o no una sanción; la cual es típicamente jurisdiccional.

Así tanto el ENRE²⁰⁶ como el ENARGAS²⁰⁷, pueden aplicar sanciones previstas en los respectivos marcos regulatorios, en sus reglamentaciones y en los términos de las

habilitaciones o contratos de concesión, respetando en todos los casos los principios del debido proceso.

En este sentido, dicha relación entre la aplicación de una sanción y el ejercicio de facultades disciplinarias ha sido judicialmente reconocida por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en el caso “METROGAS S.A, c/ENARGAS²⁰⁸”, en el año 1997, en donde se ha dicho que en virtud del art. 66 del marco regulatorio del gas, toda controversia que se suscite entre los sujetos de la ley o con terceros interesados debe ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ENARGAS, confiriéndosele entonces de modo expreso la facultad de dirimir los conflictos llevados ante él. Esta atribución puede ser razonablemente ejercida en concordancia con aquella otorgada en el art. 59, inc. g del mencionado marco regulatorio, referida a la aplicación de sanciones, por lo que la imposición de una multa en la resolución de un caso entre un particular usuario del servicio público y la empresa distribuidora no importa un exceso en los límites de la competencia del ente.

Por otro lado, legislativamente está previsto en los marcos regulatorios del gas y de la energía eléctrica que la primera instancia judicial queda sustituida por el ente, ya que el control que los tribunales realizan sobre estas decisiones se hace a través de un recurso directo ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

En realidad podemos hablar de que los entes reguladores se desenvuelven como tribunales administrativos atento a la posibilidad de estos de dictar decisiones de carácter jurisdiccional, lo cual nos inicia en toda una controversia jurídica con implicancias diversas, que no es más que la posibilidad de hablar de actos jurisdiccionales o actividad jurisdiccional de la Administración Pública, problemática que intentaremos exponer en los párrafos venideros.

2.3.2. El Problema de la Jurisdicción Primaria.

Uno de los problemas en materia de funciones jurisdiccionales de los entes reguladores es el referente a la jurisdicción primaria. Es en este punto donde existen controversias si los entes reguladores ejercen o no esta jurisdicción conforme a los postulados de la jurisprudencia norteamericana. Si bien la presente cuestión no es pacífica, intentaremos establecer algunas conclusiones.

Con el objeto de situarnos físicamente en esta problemática decimos que son los mismos marcos regulatorios del gas y la electricidad quienes introducen esta problemática contemplando en sus marcos regulatorios el sometimiento de ciertas controversias a la jurisdicción previa y obligatoria de los entes respectivos²⁰⁹.

En el caso del gas, y con la intención de ser más ejemplificativos decimos, que en dicho marco regulatorio se prevén las controversias entre los sujetos de la ley (transportistas, distribuidores, comercializadores, almacenadoras y consumidores que contraten directamente con el productor) así como todo tipo de terceros interesados, sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas. A su vez en materia eléctrica, se contemplan también las controversias entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro del servicio público de transporte y distribución de electricidad.

Estas disposiciones parecen inspiradas en la doctrina norteamericana de la jurisdicción primaria administrativa, la cual ha nacido en el pronunciamiento del Alto Tribunal de los Estados Unidos de 1907²¹⁰ “Texas & Pacific Railways Co. v Abilene Cotton Oil Co.”²¹¹. En este caso se trataba de una demanda entablada por una empresa – obligada a pagar una tarifa ferroviaria excesiva – contra una compañía ferroviaria. La

actora demandó ante un tribunal judicial, pero la Ley de Comercio Interestatal había derivado la resolución de estas cuestiones a la Interstate Commerce Commission (ICC)²¹².

La Corte Suprema entendió entonces que la ICC era la que tenía jurisdicción para entender inicialmente en el asunto. Quedó así establecido que, cuando a un ente u órgano administrativo se le confiere una atribución que antes podía ser materia de decisión judicial, éste queda inicialmente desplazado de la decisión, debiendo esperar que la misma se produzca en sede administrativa. Los tribunales ejercen, así, la revisión judicial del caso pero no tienen jurisdicción original sobre el mismo²¹³.

Más precisamente significa que, cuando se crea un órgano administrativo y se le atribuye jurisdicción sobre cierto tipo de casos, los tribunales deben abstenerse de intervenir en ellos hasta que el organismo administrativo se haya espedido.

La doctrina, indudablemente, fue evolucionando en casos posteriores, hacia formas más amplias. En “Far East Conference v. United States”²¹⁴, un caso planteado por el gobierno federal relacionado con la aplicación de la Ley Antimonopolio, la Corte decidió que había cuestiones prejudiciales que debían ser decididas en sede administrativa antes de proseguir con la acción judicial, aquí lo que se trataba de determinar era si un sistema de tarifas que permitía a ciertos cargadores emplear tarifas más reducidas afectaba la ley antimonopolio, en cuyo caso la corte resuelve a pedido de los demandados, que la cuestión debía ser remitida a la Junta Marítima Federal para que determinara si el sistema era o no admisible. De esta manera se amplía la jurisdicción primaria de la Administración a un campo que no constituía específicamente un caso judicial, sino una mera cuestión previa.

La doctrina en este punto es sin dudas confusa y nos incursiona en la necesidad de hacer una distinción entre el agotamiento de la instancia administrativa y la jurisdicción primaria. De esto se ha ocupado oportunamente la jurisprudencia de de la Corte Suprema en “United States v. Western Pacific Railroad”²¹⁵, intentando distinguir la sutil diferencia.

Esta sostuvo que el agotamiento de la vía administrativa, se exige cuando el caso corresponde per se a la instancia administrativa, donde debe finiquitar antes de pasar a la justicia, mientras que hay jurisdicción primaria cuando el caso originalmente debería ser resuelto por los tribunales, pero debido a una disposición legal específica la materia ha sido puesta bajo la competencia de un órgano o ente de la administración, de modo tal que sea éste quien actúe primero. En definitiva las dos exigen que sea la Administración la que decida en primer término, sólo que en un caso la cuestión es administrativa y por lo tanto deben ser agotadas todas sus instancias para obtener una revisión judicial, mientras que en el otro caso la cuestión es judicial, pero su decisión ha sido entregada a la Administración a fin de que actúe en primer término, de esta manera se intentará lograr una uniformidad y especialidad en los pronunciamientos lo que no se lograría si son los tribunales judiciales quienes actúan en primer término.

Habiendo detallado aunque sea someramente el problema de la jurisdicción primaria, la pregunta que nos aqueja en estos momentos es si los entes reguladores pueden ejercer o no esta jurisdicción primaria administrativa creada por el derecho estadounidense. Para ello analizaremos en un primer lugar algunas posturas doctrinarias que se han elaborado en nuestro ordenamiento con respecto a la extensión y alcance de dicha jurisdicción en el propio derecho norteamericano y su consecuente vinculación con nuestro ordenamiento jurídico.

Es así que algunos autores como Guatavino²¹⁶ al analizar la cuestión destacan que dentro de ella se suelen incluir situaciones en la que las entidades o agencias no desarrollan, necesariamente, funciones jurisdiccionales en sentido cabal o asimilables a ellas. Las funciones de reglamentación por delegación legislativa, fiscalizadoras, homologatorias y de peritaje o de asesoramiento especializado constituyen, precisamente ejemplos de esa amplitud. Por este motivo el mencionado autor sostiene a su juicio que no cualquier acto que signifique el ejercicio por la administración de una facultad propia y luego revisable judicialmente pone en movimiento la doctrina de la “jurisdicción” administrativa primaria, sino, únicamente, aquel que el régimen institucional ordinario corresponde emitir a los jueces y que por excepción el legislador atribuye su conocimiento primario a organismos administrativos. En realidad Guastavino expone una doctrina extrema considerando a la misma una cuestión sustancial, en donde la jurisdicción primaria no se extiende sólo a las decisiones jurisdiccionales de la Administración sino a otras también, y a la cual él pretende denominar “doctrina de la competencia o incumbencia primaria administrativa”.

Otros autores como Tawil²¹⁷, entiende que la doctrina de la jurisdicción primaria no tiene en el derecho norteamericano el alcance que le asigna Guatavino, ya que para él aquella doctrina se limita a una cuestión prejudicial tendiente a lograr una coordinación de competencias, es decir, a determinar a qué jurisdicción le corresponde intervenir en forma primaria.

Tal como señala Bianchi²¹⁸ en su obra “La regulación Económica”, cuando en los Estados Unidos se hace referencia a la jurisdicción primaria se hace referencia a la competencia en sí de la Administración y no a una mera técnica de reparto de competencia. Al reconocerse la jurisdicción primaria se reconoce también una competencia que surge de un criterio de reparto. No deberemos confundir entonces, la

competencia en sí con el criterio de reparto del cual aquella surge. Lo que este mismo autor se encarga de aclarar y a su vez se diferencia de lo expuesto por Guastavino, es que nunca se puede pretender equiparar el concepto de “jurisdicción primaria” con el de “actividad general de la Administración” ya que de esta manera se le otorgaría en el derecho argentino una extensión que ni siquiera se posee en los Estados Unidos.

Ahora bien y como corolario a que hemos desarrollado, nuestra opinión al respecto es que más allá de los alcances que se le puedan asignar a la doctrina de la jurisdicción primaria en el derecho administrativo norteamericano, en los casos de los entes reguladores de nuestro país, la intervención previa y obligatoria que las leyes de creación les asignan constituyen sin dudas supuestos de actividad jurisdiccional de la Administración Pública, y si bien en el derecho administrativo de nuestro país no se ha desarrollado el concepto de jurisdicción primaria creemos al igual que Bianchi²¹⁹ que no existen impedimentos para su desarrollo, fundamentalmente en lo que hace al objeto específico de los entes reguladores y su competencia para decidir controversias entre los sujetos de los servicios públicos regulados.

De esta manera podemos decir, que los entes reguladores de nuestro país ejercen jurisdicción primaria dentro de estos límites, esto indefectiblemente nos lleva a cuestionarnos si estos organismos de control están o no facultados en el ámbito de sus competencias a resolver controversias relativas a daños y perjuicios. Considerando las competencias jurisdiccionales de los entes reguladores y a la luz del principio de especialidad, ¿cuáles son las controversias que pueden y deben resolver los entes en el ámbito del servicio público que le corresponda?

Teniendo en cuenta que a posteriori desarrollaremos con mayor amplitud la cuestión de las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores concluiremos diciendo que, una de las características principales de la regulación ha sido que sus

marcos normativos, en algunos aspectos, están constituidos por reglas y principios de carácter general que no dan adecuada respuesta a las nuevas situaciones de hecho que la propia dinámica de la actividad generan, dejando por tanto librado al ente regulador la facultad de dictar, a efectos de su reglamentación, actos administrativos con gran contenido discrecional. Es también debido a lo que hemos denominado la “suma del poder público” que sería conveniente que la actuación de ellos se circunscribiera únicamente a aquellas cuestiones propias del servicio público, de esta manera pensamos que sus decisiones serán técnicamente más adecuadas. Veamos entonces con una mayor amplitud la cuestión de las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores.

Para intentar develar dicho cuestionamiento como primer paso analizaremos el caso que se llegara a plantear hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estamos hablando del caso “Ángel Estada²²⁰”. En este caso, se sientan los alcances de la función jurisdiccional de los entes, aportando la versión tribunalicia actual del problema planteado.

¹³⁸ Capítulo IV. Facultades Jurisdiccionales de Órganos Administrativos.

¹³⁹ COMADIRA, Julio R. Pág. 657. Op. Cit. Pág. 35.

¹⁴⁰ Ley 24.065, art. 54 y 55 inc. s. Ley 24.076, art. 50 y 52 inc. x.

¹⁴¹ CASSAGNE, Juan Carlos. Pág. 374. Op. Cit. Pág. 34.

¹⁴² BIANCHI, Alberto B. Op. Cit. Pág. 305 y ss.

¹⁴³ Recordemos junto al autor que la atribución de competencia es mandatoria y no facultativa, según prescribe el artículo 3º de la LPA.

¹⁴⁴ BIANCHI, Alberto B. Pág. 306. Op. Cit.

¹⁴⁵ BIANCHI, Alberto B.; “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)”. ED, T. 184, pág. 900 y T. 185, pág. 714, Cáp. III.

¹⁴⁶ BIANCHI, Alberto B. Pág. 308. Op. Cit.

¹⁴⁷ BIANCHI, Alberto B. Pág. 309. Op. Cit.

¹⁴⁸ OCRABA, decreto 1994/93, art. 16.1

¹⁴⁹ ENARGAS, ley 24.076, art. 52; ENRE, ley 24.065, art. 56.n.

¹⁵⁰ Ley 24.076, art. 52.o.

¹⁵¹ ENARGAS, ley 24.076, art. 47; ENRE, ley 24.065, art. 48.

¹⁵² ENARGAS, Decreto N° 1738/1992, Art. 47.

¹⁵³ CCAF, Sala II, Compañía General de Gas S.A. c. Enargas, 1.4.97, ver consid. 8; ídem, Sala IV, ADECUA (Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina) c. Enargas, 9-03-98, ver consid. VII, puntos 7 y 8.

¹⁵⁴ CCAF, Sala II, Litoral Gas S.A. c. Enargas, 25-4-96.

¹⁵⁵ CNC, decreto 1185/90, art. 6.n.2.

¹⁵⁶ Constitución Nacional art. 42. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo2.php>]. [Última consulta: 26/08/08].

¹⁵⁷ ENARGAS, ley 24.076, art. 52.d.; ENRE, ley 24.065, art. 56.c.

¹⁵⁸ CNC, Decreto n° 1185/1990, Art. 6.i.

¹⁵⁹ Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.filo.uba.ar/contenidos/carreras/edicion/catedras/derechos/sitio/leydedefensadelconsumidor.ht ml>]. [Última consulta: 26/08/08].

¹⁶⁰ Metrogas c. Enargas, CCAF, Sala II, 9-11-94, La Ley 1995-B-108.

¹⁶¹ Ley 24.065, art. 56.k.

¹⁶² Ley 24.076, art. 52.m.

¹⁶³ ENARGAS, ley 24.076, art. 52.h; ENRE, ley 24.065, art. 56.f.

¹⁶⁴ ENARGAS, ley 24.076, art. 52.i; ENRE, ley 24.065, art. 56.g.

¹⁶⁵ ENARGAS, ley 24.076, art. 52.k.

¹⁶⁶ ENARGAS, ley 24.076, art. 52.n.; ENRE, ley 24.065, art. 56.l.

¹⁶⁷ Decreto 1185/90, art. 6.s.

¹⁶⁸ Ley 24.065, art. 66.a., 67 y 68.

¹⁶⁹ Ley 24.076, art. 62.a, y 63.

¹⁷⁰ El asesoramiento deberá contener una evaluación acerca de si los ingresos producidos por los nuevos servicios prestados en régimen de exclusividad deben computarse en el régimen de tarifas aplicable a los servicios existentes prestados en el mismo régimen. (decreto 1185/90, art. 6.r.).

¹⁷¹ Ley 24.076, art. 52.g.

¹⁷² Ibidem, art. 52.r.

¹⁷³ Ley 24.065, art. 56.e y p.

¹⁷⁴ Ley 24.076, art. 52.o.

¹⁷⁵ ENARGAS, Ley N° 24.076, Art. 52.b.

¹⁷⁶ ENARGAS, Ley N° 24.076, Art. 52.b., ENRE, Ley N° 24.065, Art. 56.b.

¹⁷⁷ ENARGAS, Ley N° 24.076, Art. 52.b.

¹⁷⁸ Ibidem, , Art. 52.c.

¹⁷⁹ ENARGAS, Ley N° 24.076, Art. 52.ñ; ENRE, Ley N° 24.065, Art. 56.m.

¹⁸⁰ ENARGAS, Ley N° 24.076, Art. 52.l; ENRE, Ley N° 24.065, Art. 56.j. El régimen de audiencias públicas del ENRE fue sancionado por medio de la Resolución 39/1994 del 29-9-94; Boletín Oficial 09-05-94 y Revista de la Administración Pública N° 192, p. 92.

¹⁸¹ Decreto N° 999/1992 de aprobación del reglamento administrativo regulatorio de los distintos aspectos de los servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales de competencia de Obras Sanitarias de la Nación. Art. 17.b. El Reglamento del usuario del ETOSS fue aprobado por Resolución 32/94, del 14-4-94, Boletín Oficial 27-5-94 y Revista de la Administración Pública N° 192, pág. 97. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/999-92.htm>]. [Última consulta: 29/07/08].

¹⁸² ORSNA, Decreto 375/1997, Art. 17.l.

¹⁸³ Ley N° 24.804 de la actividad nuclear, Art. 16.a. . [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.cnea.gov.ar/xxi/legislacion/nacional/LEYACTIVIDADNUCLEAR.pdf>]. [Última consulta: 29/07/08].

¹⁸⁴ GORDILLO, Agustín. Op. Cit. Pág. 29. Cáp. VII. Pág. 34. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8VII.pdf>]. [Última consulta: 29/07/08].

¹⁸⁵ “Prospectiva de los Servicios Públicos”, inédito, Jornadas sobre Servicios Públicos, Regulación y Control, Salta, Noviembre de 2003.

¹⁸⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. Pág. 383. Op. Cit. Pág. 34.

¹⁸⁷ COMADIRA, Julio R. Pág. 661. Op. Cit. Pág. 35.

¹⁸⁸ Ley 24.065, art. 56, inc. r. Ley 24.076, art. 52, inc. u.

¹⁸⁹ BIANCHI, Alberto B. Pág. 270. Op. Cit.

¹⁹⁰ Ley 24.076, art. 52.u. Ley 24.065, art. 56.r.

¹⁹¹ Ibidem, art. 52.w.

¹⁹² BIANCHI, Alberto B. Pág. 239. Op. Cit.

¹⁹³ Constitución Nacional. Art. 42, [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>]. [Última consulta: 29/07/08].

¹⁹⁴ HUICI, Héctor. La potestad jurisdiccional en el control administrativo de los servicios públicos. La Ley 1996. B. 981.

¹⁹⁵ Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos. [en línea] [Disponible en Internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/22363/norma.htm>]. [Última consulta: 26/08/08].

¹⁹⁶ Ley 24.065, art. 72. Op. Cit.

¹⁹⁷ Ley 24.065. Op. Cit.

¹⁹⁸ Decreto 1398/92 de aprobación de la Reglamentación de la ley N° 24065. Apruébase la Reglamentación de los artículos 18 y 43 de la Ley N° 15336. Art. 76. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/1398-92.htm>]. [Última consulta: 29/07/08].

-
- ¹⁹⁹ Ibidem.
- ²⁰⁰ Ley 24.076, art. 2 inc. d.
- ²⁰¹ Ibidem, art. 2 inc. f.
- ²⁰² Ibidem, art. 25.
- ²⁰³ Ibidem, art. 38 inc. a.
- ²⁰⁴ Ibidem, art. 38 inc. d.
- ²⁰⁵ BIANCHI, Alberto B. Op. Cit. Pág. 285.
- ²⁰⁶ Ley 24.065, art. 56, inc. o.
- ²⁰⁷ Ley 24.076, art. 52. q.
- ²⁰⁸ Metrogas S.A. c/ENARGAS, 06/05/97, CN Cont. Adm. Fed., Sala IV, Cons. IX. LL. 1997. D. 249.
- ²⁰⁹ Ley 24.076 art. 66; Ley 24.065, art. 72.
- ²¹⁰ COMADIRA, Julio R. Pág. 662. Op. Cit. Pág. 35.
- ²¹¹ TEXAS & PAC. RY. CO. v. Abilene Cotton Oil Co., 204 U.S. 426 (1907). [en línea]. [Disponible en Internet: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=204&invol=426>]. [Última consulta: 04/08/08].
- ²¹² Ampliar en BIANCHI, Alberto B. Pág. 39 y ss. Op. Cit.
- ²¹³ BIANCHI, Alberto B. Pág. 290. Op. Cit.
- ²¹⁴ FAR EAST CONFERENCE v. United States. [en línea]. [Disponible en Internet: http://translate.google.com.ar/translate?hl=es&sl=en&u=http://supreme.justia.com/us/342/570/&sa=X&oi=translate&resnum=3&ct=result&prev=/search%3Fq%3DFar%2BEast%2BConference%2Bv.%2BUnited%2BStates%26hl%3Des%26rlz%3D1B3GZFB_esAR275AR275%26sa%3DG]. [Última consulta: 29/07/08].
- ²¹⁵ UNITED STATES v. Western Pacific Railroad. [en línea]. [Disponible en Internet: <http://supreme.justia.com/us/352/59/case.html>]. [Última consulta: 29/07/08].
- ²¹⁶ GUASTA VINO, Elías p. “Tratado de la jurisdicción administrativa y su revisión judicial”, T I, Buenos Aires, 1987, p. 251, nota 286. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obras, No. 19.
- ²¹⁷ TAWIL, Guido S. Administración y Justicia; Depalma; Buenos Aires, 1993, t. II, p. 140.
- ²¹⁸ BIANCHI, Alberto B. Pág. 295. Op. Cit.
- ²¹⁹ BIANCHI, Alberto B. Pág. 296. Op. Cit.
- ²²⁰ ESTRADA, Angel y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos. 2005. LL. D, 439.

Capítulo IV

FACULTADES JURISDICCIONALES DE ORGANOS ADMINISTRATIVOS.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Competencia jurisdiccional para determinar daños y perjuicios. Caso “Ángel Estrada”. 2.1. Las decisiones judiciales. 2.1.1. La decisión de la Cámara Contencioso Administrativo. 2.1.2. Síntesis del fallo. 2.2. La decisión de la Corte. 2.2.1. Primera cuestión. 2.2.2. Segunda cuestión. 2.2.2.1. Fundamentos. 2.2.3. Conclusiones del fallo. 3. Nuestras apreciaciones personales. 3.1. Calidad de tribunal administrativo de los entes reguladores. 3.2. Jurisdicción primaria. 3.3. Las facultades jurisdiccionales en el fallo de la corte. 4. Conclusiones.

1. Introducción.

A través del presente capítulo nos introduciremos más de lleno en el problema de la extensión o ejercicio de las facultades jurisdiccionales en cabeza de órganos o entes administrativos. De esta manera lo que estaremos procurando es develar el real alcance de las competencias jurisdiccionales de los entes reguladores. Aquí haremos hincapié en el fallo más reciente y resonante de los últimos tiempos en la materia que nos ocupa, nos referimos sin dudas al caso “Ángel Estrada y Cía²²¹”. En principio y como es de esperar haremos un detallado seguimiento a las cuestiones planteadas en la Cámara Contencioso Administrativo Federal y luego nos sumergiremos de lleno en la sentencia dictada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Allí analizaremos los fundamentos dados por ella para finalmente hacer unos breves comentarios y brindar nuestra opinión respecto del tema que nos ocupa.

2. Competencia Jurisdiccional para determinar daños y perjuicios.

Caso “Ángel Estrada”.

El caso Ángel Estrada, además de resolver la cuestión específica relativa a la competencia para resolver sobre controversias relativas a Daños y perjuicios, ha sido de suma importancia en definitiva para delimitar o fijar los alcances de la función jurisdiccional de los entes reguladores.

Se han pronunciado al respecto la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal²²² y, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación²²³.

Ángel Estrada y Cía S.A. sufrió cortes reiterados y baja tensión en el suministro de energía eléctrica a una planta industrial ubicada en la provincia de Buenos Aires,

durante los meses de noviembre de 1993 a enero de 1994. Ello –según la empresa- le ocasionó daños y perjuicios en concepto de alquileres y sueldos abonados al personal. Con tal motivo y en uso de las acciones que el marco regulatorio eléctrico (MRE) le acuerda como usuario, la empresa demandó a la empresa distribuidora (Edesur) ante el ENRE²²⁴ la indemnización correspondiente. En pocas palabras, ejercitó la jurisdicción voluntaria prevista en el marco regulatorio eléctrico.

La decisión del ENRE (luego confirmada por Secretaría de Energía) sostuvo en síntesis lo siguiente: 1) para el caso de interrupciones del suministro la distribuidora debe pagar las multas previstas en el contrato como única y total reparación, y 2) por las alteraciones en los niveles de tensión, los usuarios tienen derecho a percibir las multas y los daños y perjuicios provocados como consecuencia inmediata y directa de dichas alteraciones.

2.1. Las decisiones judiciales.

2.1.1. La decisión de la Cámara en lo Contencioso Administrativo.

El interesante debate acerca de si los entes reguladores podían resolver controversias acerca de daños y perjuicios planteados por los usuarios y, consecuentemente, el alcance de las competencias de los entes, se trasladó a sede judicial y la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió en forma afirmativa pero no unánime. Dos jueces (Licht y Buján) optaron por la afirmativa, mientras que uno de ellos (Coviello) se pronunció por la negativa, entendiendo que los entes no pueden resolver los reclamos por daños y perjuicios planteados por los usuarios contra los prestadores de servicios públicos.

La cuestión debatida está claramente planteada en el considerando 8° del voto del Dr. Licht al decir: “corresponde discernir si la competencia atribuida por la ley 24.065 al ENRE está ceñida a “aplicar las sanciones previstas en la presente ley, en sus reglamentos y en los contratos de concesión, respetando en todos los casos los principios del debido proceso” (art. 58 inc o); o puede conocer, también, de una pretensión de daños y perjuicios promovida por un usuario contra una distribuidora del suministro”.

2.1.1.1. El voto del Dr. Coviello (minoría).

Su pensamiento se resume en los siguientes puntos:

a) El ENRE no puede reconocer el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, en la medida en que no esté habilitado legalmente para ello. En el art. 56 de la ley, donde se fijan las atribuciones del ente regulador, no se establece concretamente ninguna competencia en materia de reconocimiento de daños y perjuicios²²⁵.

b) La competencia del ente se limita exclusivamente a la determinación de la existencia del incumplimiento contractual y la imposición de la sanción, cuyos parámetros están previamente definidos, en virtud de constituir –en principio- una pena de tipo objetivo²²⁶.

c) La resolución del ENRE excede el ámbito de su competencia, al sostener llanamente que en caso de interrupciones la distribuidora debe pagar las multas previstas en el contrato de concesión “como única y total reparación”, constituye una preocupante afirmación dogmática en una materia que, por imperativo constitucional (art. 75 inc. 12), solo corresponde hacerlo a los jueces, salvo concreta atribución de competencia en el ente regulador, que en la especie no se configura²²⁷.

La atribución de competencia “jurisdiccional” a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada – a la luz de la preceptiva constitucional– con carácter estricto²²⁸.

Interpretar que la expresión “toda controversia” del art. 72 del marco regulatorio eléctrico abarca la decisión de un reclamo de daños y perjuicios significaría proveer al ente regulador de una competencia desgajada del contexto de la ley específica. Ello implicaría, además, no tener en cuenta lo dispuesto en el art. 56, donde sólo se hace referencia a sanciones a aplicar por el ENRE, más no a indemnizaciones por daños y perjuicios²²⁹.

d) La afirmación formulada por el ente regulador acerca de la procedencia exclusiva de la aplicación de las multas como única y total indemnización constituye, en primer lugar, un vicio en la competencia y luego en el objeto del acto dictado²³⁰.

2.1.1.2. Los Votos de la Mayoría.

El primero (Dr. Licht) manifiesta en primer término que la cuestión tiene rango constitucional pues, según el art. 42 “Los usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de...intereses económicos” y “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos...”²³¹. Señala luego que en el ámbito del servicio de energía eléctrica existen procedimientos para la reparación de los daños ocasionados a los artefactos e instalaciones, los que deben ser iniciados ante las distribuidoras, correspondiendo la intervención del ENRE en caso de que el usuario cuestione el rechazo de tales reclamos. Ello lo lleva directamente a la convicción de que “el hecho que dio origen al reclamo de autos tiene estricta relación con aquellos que determinan la competencia del ENRE”²³². El voto del Dr. Buján²³³ establece, en primer lugar, que la decisión del ENRE posee naturaleza

jurisdiccional en la medida en que aquél, como tercero imparcial, ha resuelto un conflicto de intereses entre dos partes privadas de conformidad con el marco regulatorio eléctrico.

Establece además, que la actora, para reclamar daños y perjuicios, tenía –bajo el MRE- las siguientes opciones: plantear una acción judicial o formular el reclamo ante el ENRE en función del art. 72. Es el mismo Dr. Buján quien dice que así, como si el usuario hubiere optado por la jurisdicción judicial, el juez de primera instancia requerido no podría negarse a intervenir, difiriendo la solución del ENRE, planteada la controversia ante este organismo administrativo, no existe mérito para negarle al ente competencia para decidirla, en la medida que ella aparece suscitada con motivo –en cuanto importa – del suministro – o falta de adecuada prestación de él – de electricidad – tal como lo contempla el art. 76 de la ley 24.065²³⁴, es el mismo Dr. Buján quien nos señala que la norma en cuestión resulta suficientemente clara en cuanto que impone someter a la previa y obligatoria jurisdicción del ENRE la dilucidación de todas esas controversias, es por estos motivos que no se advierte razón válida que permita limitar la competencia de ese organismo administrativo a algunas de ellas, con exclusión de otras²³⁵. Siguiendo al mismo Buján es que podemos decir que el propósito del legislador en la materia ha sido el de crear una instancia administrativa previa a la judicial para la dilucidación de las específicas controversias relativas a la materia de que se trata, acordando al Poder Judicial facultades de revisión de lo decidido por ese organismo administrativo especializado²³⁶.

2.1.2. Síntesis del fallo.

Como resumen tenemos que ante el reclamo de Ángel Estrada y Cía. el ENRE efectivamente ejerció la jurisdicción que le confiere el art. 72 de la ley 24065, pero

limitó el monto del mismo a lo que específicamente establece el contrato de concesión, sin reconocer daños y perjuicios adicionales.

La solución del ENRE (confirmada por Secretaría de Energía) motivó en el Tribunal antes citado reacciones dispares:

Los votos de los jueces Licht y Buján admiten que el ENRE tiene competencia para resolver daños y perjuicios, con lo que tácitamente convalidan el actuar del ente en cuanto a la competencia ejercida de conformidad con el art. 72 de la ley 24.065, y discrepan del ENRE en cuanto a la cuantificación del daño, pues sostienen que debe ser integral. Por ello ordenan que la causa sea devuelta al ENRE para que “sustancie el reclamo del actor y en ejercicio de la jurisdicción previa y obligatoria que le corresponde actuar en la causa, resuelva teniendo en cuenta lo dispuesto en la presente resolución”.

El voto del Dr. Coviello, por el contrario, rechaza la posibilidad de que el ENRE tenga competencia para resolver la cuestión de los daños y perjuicios y por ello cree que actuó con vicio de incompetencia y considera además que al no cuantificar el monto de lo que reconoce la resolución está viciada en su objeto. Por último, rechaza el reclamo del resarcimiento de los daños y perjuicios

Resumiendo: 1) Los tres jueces están de acuerdo en que el ENRE ejerció la jurisdicción que le acuerda el art. 72 del marco regulatorio; 2) la mayoría cree que ello fue correcto desde el punto de vista de la competencia, pero insuficiente en cuanto a los resultados económicos obtenidos por el usuario, y 3) la minoría, en cambio, entiende que fue incorrecto desde el punto de vista de la competencia, pero correcto desde el punto de vista del rechazo de los daños y perjuicios.

2.2. La decisión de la Corte.

Si bien son muchas las consideraciones que se pueden hacer respecto de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Angel Estrada y Cía. S.A.”²³⁷, nos centraremos en comentar las decisiones respecto al punto de la responsabilidad por daños y perjuicios de las empresas prestatarias de servicios públicos y respecto a la posibilidad de que sean los entes reguladores de tales actividades quienes determinen por sí inicialmente la procedencia y la cuantía de los daños y perjuicios derivados a los usuarios del sistema damnificados por el accionar irregular de aquéllas.

Lo que pretendemos remarcar es que en este caso la Corte nuevamente se ha expedido en relación a la naturaleza de los entes reguladores de servicios públicos y a la función jurisdiccional de los mismos evidenciando notablemente una tendencia al debilitamiento, una vez más, en la participación de estos órganos en su principal función de contralor²³⁸. Es así que a través de estas breves líneas intentaremos demostrar lo inconveniente de tal decisión.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia debió examinar y decidir, tal cual lo afirman claramente en el mismo, dos cuestiones centrales:

a) La alegada limitación de la responsabilidad de la empresa distribuidora que resultaría del art. 78 de la ley 24.065²³⁹ y del punto 5 y subsiguientes del sub. Anexo 4 del contrato de concesión celebrado con Edesur S.A. O sea, determinar si la aplicación de las multas previstas en este último instrumento excluye la posibilidad de que el usuario reclame adicionalmente los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de concesión por parte de la empresa distribuidora.

b) La competencia del organismo de control (en caso de que se admitiera la responsabilidad por daños y perjuicios) para resolver, en sede administrativa, la procedencia del resarcimiento solicitado por la firma usuaria con fundamento en el derecho de los contratos y las disposiciones legales y reglamentarias que determinan las condiciones que debe reunir el suministro de energía eléctrica.

2.2.1. Primera Cuestión.

Merece elogiarse el fallo en lo que hace a la primera cuestión abordada., no obstante exceder el marco de este trabajo, dedicaré a la cuestión algunas líneas. La cuestión fue decidida, como creo no podría ser de otra manera, en contra de la distribuidora, por argumentos contundentes y que no pueden más que compartirse, algunos a saber:

Después de establecer que la distribuidora que entregue un producto o preste un servicio con características "distintas a las convenidas" será pasible de las sanciones y multas previstas en el sub anexo referido²⁴⁰, otros de los puntos del sub anexo referido especifica que la distribuidora deberá abonar multas a los usuarios en los casos de incumplimiento de disposiciones o parámetros relacionados con situaciones individuales. Una vez comprobada la infracción, el Ente dispondrá que la distribuidora abone una multa al usuario, conforme a la gravedad de la falta, para inmediatamente añadir que el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios²⁴¹.

Los términos transcriptos indican con claridad que la penalidad de que se trata ha sido prevista para el caso de incumplimiento del contrato de concesión en cuanto a las diferencias en la calidad del suministro que fuera prefijada y, en consecuencia, lo expresado seguidamente respecto de la responsabilidad por eventuales "reclamos por

daños y perjuicios" se refiere al mismo supuesto de hecho que, según el texto examinado, justifica la aplicación de penalidades; esto es, el caso de incumplimiento del suministro de energía eléctrica según los parámetros establecidos en el contrato de concesión y sus especificaciones complementarias.

Que, por lo mismo, tampoco resulta atendible lo argumentado en el sentido de que la frase "el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos de daños y perjuicios" contenida en el tercer párrafo del sub anexo 4 se refiere, únicamente, a los supuestos de responsabilidad extracontractual de la empresa concesionaria (esto es, a los daños ocasionados a terceros no usuarios del servicio con motivo de la ejecución del contrato).

Al margen de que, salvo texto expreso en contrario, no es presumible que las partes hayan dedicado las cláusulas del contrato a regular los efectos de relaciones jurídicas extrañas a las nacidas del acuerdo de voluntades, tales previsiones no resultarían oponibles a terceros²⁴²; especialmente si se atiende al carácter de principio general del derecho que cabe reconocer al axioma *alterum non laedere*^{243 244}.

Que, por otra parte, no está de más recordar que los límites a la responsabilidad deben resultar de la letra expresa de la ley, y dichos límites son válidos siempre y cuando el criterio de distinción establecido por el Congreso para fundar la excepción al régimen general obedezca a fines propios de su competencia y la potestad legislativa haya sido ejercida de modo conducente al objetivo perseguido²⁴⁵.

En el caso examinado, la alegada limitación de la responsabilidad carece de base legal y, en tales condiciones, no tiene sentido especular acerca de cuál hubiera sido el justificativo válidamente elegido por el Congreso de la Nación para exceptuar a las empresas distribuidoras de energía eléctrica de las normas legales que, de manera

uniforme, regulan los efectos del incumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos respecto de la generalidad de las personas jurídicas.

La fortaleza del argumento resulta incontrastable. La absoluta explicitud de la norma imponía la solución a la postre adoptada, sin perjuicio de resaltar la importancia de las restantes razones ofrecidas como fundamento. De esta forma quedó afirmado el criterio legal de que, además de las multas imponibles a las prestatarias de servicios públicos a favor de los usuarios como consecuencia de su irregular ejecución, aquéllas podrán ser responsabilizadas por los daños y perjuicios específicos que se deriven a los mismos usuarios y/o terceros. En este aspecto, adherimos íntegramente a las expresiones volcadas en el voto mayoritario del Ministro Belluscio.

2.2.2. Segunda cuestión.

No opinamos en igual forma con relación a la conclusión adoptada en la segunda parte del fallo, y que se refiere a la inhabilitación legal del ente regulador para estimar la procedencia y cuantía de los daños y perjuicios irrogados. Es por ello que luego de exponer los fundamentos del fallo nos extenderemos en hacer nuestras apreciaciones al respecto.

En esta segunda parte del fallo se dirimirá la competencia del organismo de control (en caso de que se admitiera la responsabilidad por daños y perjuicios) para resolver, en sede administrativa, la procedencia del resarcimiento solicitado, la Corte, por distintos fundamentos (y aún con disidencias) se inclina por la negativa.

2.2.2.1. Fundamentos.

1) Entre los fundamentos más relevantes elaborados por nuestro máximo tribunal en el caso que analizamos encontramos que para éste el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18 de nuestra carta magna, el cual que garantiza la defensa en juicio de las personas y sus derechos, y el 109 de la Constitución Nacional que, basado en el texto del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833²⁴⁶ prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Asimismo este tribunal señala que tales principios constitucionales quedarán 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 suficiente²⁴⁷.

2) En cuanto al problema de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina que el tribunal toma de E.E.U.U.) la corte sostiene que la misma 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”²⁴⁸. De esta manera y afirmándose en estos principios, la corte sostiene que en el caso de autos estarían sujetas a la jurisdicción primaria de los

organismos administrativos las controversias que se susciten entre los sujetos mencionados en la primera parte del art. 72 de la ley 24.065, en la medida en que las relaciones entre ellos afectan el correcto funcionamiento del servicio²⁴⁹.

3) Nuestro máximo tribunal señala que no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Para ello los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados ya que, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. De esta manera nos detalla que el admitir que el Congreso pueda delegar en los órganos de la administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el art. 76 de la Constitución Nacional, con salvedades expresas²⁵⁰.

4) En cuanto a la expresión "toda controversia" contenida en el artículo 72 del régimen de energía eléctrica la corte señala que debemos entenderla como circunscripta a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios. En particular, la administración de los remedios ordinarios, esto es, 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 art. 72 de la ley 24.065²⁵¹. Ello en el razonamiento de la corte es así porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión, al margen de que una eventual decisión condenatoria dictada

por el ente regulador sobre el punto carecería de autoridad de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso conforme las reglas relativas a la ejecución de sentencias, pues la ley respectiva no le ha otorgado estas cualidades a las decisiones del organismo. En definitiva la corte concluye que, su intervención resultaría estéril, pues no podría satisfacer el reclamo de daños y perjuicios por medio de una decisión que, conforme a la ley, tuviera un alcance equivalente al de una sentencia condenatoria²⁵².

5) En cuanto a la cuestión tendiente a determinar si la empresa distribuidora es o no responsable por el incumplimiento del suministro de energía, la corte estima que tales extremos son insuficientes para atribuir jurisdicción al ente regulador, ya que nada obsta a que los jueces ordinarios le requieran toda la información relevante para determinar la existencia de la mora y la imputabilidad del incumplimiento²⁵³.

6) Es el ministro Petracchi quien determina que toda vez que la materia del reclamo esté constituida por los daños individualmente experimentados en el patrimonio del usuario como consecuencia del suministro insuficiente de energía eléctrica, la disputa no puede resolverse por aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad, para cuya administración fue especialmente creado el ente respectivo. Por ello señala el mencionado ministro, tiene razón la Secretaría de Energía en cuanto a que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad carece de competencia para dirimir el conflicto planteado en autos con arreglo a los principios contenidos en la legislación común²⁵⁴.

7) Este mismo tribunal señala que en el orden jurídico administrativo la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, de manera tal que aquélla no se configura como un límite externo a esa actuación sino, como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de

la administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita²⁵⁵.

8) Asimismo esta Corte ha sostenido que 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 aquéllos para conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, corresponde decidir a los jueces.²⁵⁶.

9) Por otra parte si bien este Tribunal reconoce el ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos, el ejercicio de tales facultades debe responder a razones como lograr una mayor protección de los intereses públicos mediante el aprovechamiento del conocimiento y la experiencia administrativa en la decisión judicial que finalmente se adopte, así como la uniformidad y la coherencia en la regulación de la materia confiada al ente administrativo²⁵⁷.

11) La corte también entiende que de acuerdo a las disposiciones reseñadas no indican en modo alguno que el legislador haya querido atribuir al ente la resolución de controversias sobre daños y perjuicios reclamados por los usuarios con motivo de la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, ya que el poder de policía atribuido al ente para regular y controlar aquélla no sirve de fundamento para decidir litigios entre particulares que deben resolverse, sustancialmente, por aplicación de normas de derecho común²⁵⁸.

12) En otro de sus considerandos hace mención a la facultad del ente a imponer sanciones, diciendo que ella se ciñe únicamente a la comprobación, determinación de la falta y fijación de su monto, conforme a las pautas establecidas por vía reglamentaria y contractual. Por ello esas cuestiones pueden ser resueltas incluso por quienes no sean

abogados, como sucede en la mayor parte de los casos de los miembros del directorio del ente regulador²⁵⁹.

13) En sus fundamentos el tribunal considera que tampoco concurren aquí las razones que conducen a que un ente administrativo ejerza funciones jurisdiccionales, ya que no se advierte que sea preciso contar con una especial idoneidad en la materia regulada para resolver controversias del tipo de las planteadas, ni que sea deseable y aun posible acceder a uniformidad en las decisiones que se adopten las que, en razón del carácter de las pretensiones resarcitorias y las distintas situaciones de hecho, son por naturaleza variables en cada caso. Asimismo entiende que, tampoco puede entenderse que de las normas surja en forma implícita esa competencia, pues no juega en el caso el principio de la especialidad para definir aquélla, ya que los organismos públicos sólo pueden actuar para cumplir los fines asignados por el ordenamiento, aun cuando la atribución no surja expresa de aquél²⁶⁰.

14) En cuanto al ámbito de la competencia de los entes reguladores la corte hace mención a que en los mismos preceptos de la ley 24.065²⁶¹ surge que la resolución de cuestiones sobre daños y perjuicios sufridos por los usuarios respecto de las distribuidoras de energía eléctrica supera manifiestamente la competencia atribuida al ente regulador por el ordenamiento jurídico²⁶².

15) Además agrega que la validez constitucional del ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos se halla condicionada a diversos recaudos, entre ellos, la existencia de garantías formales de independencia y neutralidad²⁶³.

16) En este mismo sentido entiende que al ENRE son aplicables las consideraciones vertidas respecto del Ente Nacional Regulador del Gas²⁶⁴, en cuanto a

que el régimen de la ley 24.065 no alcanza para categorizarlo como tribunal administrativo y su competencia debe ser ejercida con las limitaciones que surgen del art. 72 de la misma ley²⁶⁵.

17) Por su parte esta misma corte comparte la decisión del ENRE, al dictar la resolución 229/95, por la que rechazó la pretensión de pago de daños y perjuicios formulada por Ángel Estrada S.A., respetó el límite de las atribuciones que le confiere el marco regulatorio y contractual de la energía eléctrica y, en este aspecto, su decisión es jurídicamente irreprochable²⁶⁶.

Es claro que el fallo no fue unánime²⁶⁷ y existieron numerosas disidencias parciales, pero los fundamentos vertidos han sido los que han dado entidad al fallo en cuestión, denegando la competencia del Ente Regulador para resolver controversias relativas a daños y perjuicios.

2.2.3. Conclusiones del fallo.

1. Como regla general, la Corte Suprema reconoce la existencia de jurisdicción primaria en los entes reguladores, de modo tal que éstos pueden resolver controversias entre particulares.

2. No obstante, tal jurisdicción está limitada en su ejercicio por el derecho aplicable, ya que el ente no puede resolver aquellas controversias que requieran aplicar el derecho común, pues ello corresponde a los jueces ordinarios²⁶⁸.

En síntesis, el ente regulador en materia jurisdiccional actúa como una suerte de fuero regulatorio de “estrecha capacidad operativa”, pues su competencia está sólo

limitada a la aplicación del "régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público para cuya administración fue especialmente creado"

3. Nuestras apreciaciones personales al respecto.

3.1. Calidad de tribunal administrativo de los entes reguladores.

Para resolver que el Ente Regulador de Electricidad (E.N.R.E) carecía de facultades para resolver el reclamo por daños y perjuicios interpuesto por la actora, la Corte echó mano al argumento elaborado en la sentencia registrada en "Litoral Gas c/ Enargas"²⁶⁹ donde en apoyo en lo dispuesto en los arts. 18 y 109 de la Constitución Nacional, resolvió que en cuanto al ENARGAS, las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para su actuación en la ley 24.076 – conf. Arts. 53, 54 y 55 de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores del ente – no alcanzan para categorizarlo como tribunal administrativo.

Es decir que si nos atenemos a esta lectura, en la remisión del fallo al precedente se establece que la circunstancia de no alcanzar el ente categoría de tribunal administrativo le impide decidir controversias entre partes aun dentro de la materia específica del ente y relacionada directamente con la actividad de servicio público bajo su control.

Nuestra opinión al respecto es que el argumento así como está dado aparece por sí solo deficiente, ya que no necesariamente la ausencia del cumplimiento de la condición – en este caso, la de ser un tribunal administrativo – le impide resolver conflictos o controversias, sobre todo cuando el propio ordenamiento pareciera facultarlo a tales fines. Seguidamente veremos la forma en que la corte refuerza la solución.

3.2. La jurisdicción primaria.

La Corte se introduce en la consideración de la “teoría de la jurisdicción primaria”, con el objeto de demostrar que en el sistema de control de cuestiones vinculadas con servicios de interés general de los Estados Unidos, se encuentran fuera de su órbita de actuación. Es que de esta manera intentará justificar la decisión de la controversia con un supuesto alineamiento a dicha doctrina.

Es así que en este orden de ideas, parte de aceptar que la competencia jurisdiccional de organismos administrativos constituye doctrina tomada de E.E.U.U., sin tener en cuenta que esta cuestión, es aún hoy, fuente de controversias en nuestro país.

Este punto de partida le sirve al fallo en la medida de que allí citando al precedente judicial norteamericano *Nader v. Allegheny Airlines*²⁷⁰, deriva que sólo en caso de necesitarse de la experiencia y especialización de la agencia – Civil Aeronautic Board – se justifica someter el tema a la jurisdicción primaria de ésta. Prosigue el fallo agregando que la jurisdicción de la agencias se circunscribe a la materias que configuran el corazón de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó, con cita de los conocidos precedentes foráneos “Texas & Pacific Railway”, “Far East conference” y “United States v. Western Pacific Railroad”.

Finaliza sosteniendo que según estos principios, las controversias que se susciten entre los sujetos mencionados en la ley 24.065²⁷¹, estarían sujetos a la jurisdicción primaria de los organismos administrativos, en la medida en que las relaciones entre ellos afectan el correcto funcionamiento del servicio.

Con respecto a lo que hemos detallado no coincidimos con la postura de la Corte en recurrir a la doctrina de la jurisdicción primaria para encontrar en ella una solución ya que dicha doctrina en nuestro derecho es cuanto menos controvertida.

En segundo lugar es conveniente reiterar aquí que la teoría de la jurisdicción primaria reconoce como principio y resguarda celosamente la garantía del efectivo control judicial sobre las decisiones de la agencias, aún cuando hubiera declinado su primaria intervención a favor de éstas, retomándola en plenitud una vez producido el pronunciamiento previo.

Es en este punto donde nos surge una pregunta ¿que sentido debe dársele entonces a la mención que hace la Corte respecto del precedente elaborado en “Fernandez Arias c. Poggio”²⁷²? Recordemos que a través de la mención de este pronunciamiento la Corte Nacional intenta significar que cualquier pronunciamiento jurisdiccional de órganos administrativos sólo será legítima en la medida que posibilite un ulterior control judicial el que deberá cumplir con ciertos criterios estándares que, el fallo primero y la doctrina judicial después se ha encargado de puntualizar y ampliar, logrando una generosa aceptación por parte de la comunidad jurídica.

Los dos pilares fundamentales sobre los cuales se apoya esta construcción son, por un lado, que la ley confiera competencia específica al órgano administrativo para resolver controversias y, por el otro, que dichas resoluciones carezcan de calidad resolutive final, posibilitando a posteriori un control amplio en manos de tribunales judiciales.

Partiendo entonces que tanto la mayoría como el Ministro Belluscio destacaron que el ente regulador carecía de competencia para resolver controversias que involucraran cuestiones de derecho común, qué sentido tenía entonces recurrir a la

doctrina de Fernandez Arias si la misma no resulta aplicable. En todo caso esta doctrina hubiera sido útil para justificar la postura contraria es decir que el tema en cuestión sí era de su competencia.

Consideramos que la solución de la Corte en este caso implica un desgaste estatal sumamente mayor y a nuestro entender, deja sin efecto la finalidad correctiva rápida y eficiente, que podría tener el reconocimiento de esta competencia a los entes reguladores.

3.3. Facultades jurisdiccionales de los entes reguladores en el fallo de la Corte.

A continuación y en miras de continuar exponiendo una mirada crítica a los argumentos elaborados por nuestra Corte Suprema seguiremos analizando las cuestiones más relevantes que a nuestro juicio contiene el mencionado pronunciamiento. A su vez a través de ello y sin la menor duda estaremos exponiendo nuestra visión al problema planteado, en relación a la extensión de las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores.

Con respecto al impedimento constitucional de otorgar facultades jurisdiccionales a órganos de la administración por aplicación de lo dispuesto en los arts. 18 y 109 de la Constitución Nacional, la Corte y tal como lo detalláramos en el fundamento uno (1) desarrollado up supra en relación al considerando N° 12 del fallo que comentamos, la Corte da por sentado que los mismos quedan a salvo siempre y cuando los organismos hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo político y económico tenido en cuenta por el legislador para crearlos haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control

judicial amplio y suficiente. Es decir que con lo expuesto la misma corte es la que brinda el listado de requisitos que deben reunir los entes reguladores para atribuirle a éstos atribuciones jurisdiccionales. Entonces nos preguntamos ¿acaso el Ente Nacional Regulador de la Electricidad no fue creado por ley 24.065?; ¿acaso su independencia e imparcialidad no están detalladas en este cuerpo normativo cuando en el art. 55 dispone el otorgamiento de autarquía, plena capacidad jurídica y patrimonio propio, o en los arts. 57 a 63 en donde exigen la idoneidad técnica e independencia funcional a través de la designación de los integrantes del directorio con precisos recaudos para su remoción y un complejo de atribuciones suficientes para llevar adelante el cometido previsto en el art. 2 de la misma ley?; por otra parte el objetivo económico y político para su creación se encuentran explicitados a lo largo del articulado de la propia ley (art. 56) y finalmente el recaudo del control judicial suficiente está dado por el art. 76 mediante un recurso directo ante la Justicia Contencioso Administrativa Federal.

Es por lo expuesto que no alcanzamos a comprender porque respecto de estos puntos la Corte en el caso que estamos comentando se apartó del precedente Fernández Arias.

Con respecto a la segunda afirmación de la Corte referida a la precisión del carácter de la controversia, nos referimos a la decisión sobre daños y perjuicios, la que entiende ajena a la jurisdicción del ente regulador y detalla sus fundamentos en los considerandos 14 y 15 del fallo. Es aquí donde la Corte enlaza la temática con el problema del derecho común aplicable, sin embargo, en dichas consideraciones a las cuales nos remitimos²⁷³ no nos alcanza a conmovér ya que la previsión contenida en el art. 72 de la ley en cuestión es sumamente clara estableciendo que toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo

del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Asimismo 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.

Es evidente a nuestro entender que el reclamo de daños y perjuicios promovidos por Angel Estrada y Cía S.A. y contestado por la prestadora del servicio constituye una típica controversia, originada en el suministro de electricidad y que, por tratarse de un usuario, habilitó la competencia del ente en ejercicio de la facultad conferida por el ordenamiento.

Por lo tanto creemos que cuando la ley se refiere a toda controversia, está aludiendo a cualquiera que se relacione con la prestación del servicio de electricidad. Por otra parte la ley de creación del ente regulador ha considerado que las discusiones relativas al marco eléctrico queden bajo una inicial jurisdicción administrativa, posibilitando un amplio y ulterior control judicial, asegurando así la efectiva vigencia del art. 18 de nuestra carta magna. Por el contrario no surge de la normativa eléctrica en ningún caso que las cuestiones que involucren daños y perjuicios queden fuera de la competencia del ente.

Finalmente y para ir concluyendo, es llamativo a nuestro entender, que la sentencia pondere por un lado, el indudable valor probatorio que revisten las actuaciones administrativas tramitadas ante el ente regulador (considerando 16), y sin embargo va en contra de las raíces de la decisión.

Es por esto que consideramos que la actuación administrativa del ente regulador pudo servir para resolver la controversia en la instancia originaria del ente, y luego sí proceder a la íntegra revisión en sede judicial.

Como reflexión a lo expuesto consideramos que la Corte a asestado un nuevo golpe a la independencia y neutralidad de los entes reguladores de servicios públicos, recortándoles facultades legalmente conferidas y política y económicamente alineadas con la reforma de 1994. Es evidente entonces que hubiera sido beneficioso que la sentencia dictada ayudara a acentuar los tan debilitados caracteres de independencia, idoneidad y neutralidad de los entes reguladores y a fortalecer este sistema de control nacido con la reforma de 1994. En este caso decimos que la sentencia avanza cuando permite al ente responsabilizar al prestador del servicio por daños y perjuicios específicos, más allá de la imposición de una multa por la ejecución irregular del servicio y retrocede cuando le impide resolver respecto de su existencia y cuantía.

4. Conclusiones.

Habiendo llegado al final de nuestro trabajo es hora de no sólo de brindar algunas conclusiones sino también de efectuar algunas propuestas en miras de contribuir aunque sea mínimamente a la búsqueda de soluciones superadoras al problema que nos hemos planteado.

La acción estatal durante la década del '90 en materia regulatoria se caracterizó tal como lo hemos visto por su segmentación, fragilidad e ineficiencia. La ausencia de una política general de regulación junto a las restricciones de diseño y desempeño efectivo de los entes reguladores, resultó en gran medida funcional a los diversos grupos de interés, pues parecieron establecerse “mecanismos institucionales” que priorizaron la

consecución de intereses sectoriales, desvirtuando la búsqueda del bienestar para la sociedad en su conjunto.

De esta manera se fue provocando casi por decantación que los diferentes organismos de contralor posean aspectos particulares en lo que respecta principalmente a su conformación y funcionamiento dificultando así tanto la implementación como la articulación de mecanismos regulatorios efectivos.

Con el fin de la convertibilidad, como señaláramos anteriormente en nuestro trabajo, tomó un nuevo impulso la posibilidad de replantear la relación del Estado con las empresas privatizadas y en relación a ello, superar las deficiencias regulatorias pero sin embargo hasta el momento no se han podido efectuar cambios significativos.

Respecto a esto último y a modo de apreciaciones personales, estimamos que la gran preeminencia de firmas de capital extranjero en los distintos consorcios responsables de la prestación de los servicios y la consiguiente posibilidad de recurrir a tribunales arbitrales en defensa de sus intereses incorpora un elemento de particular trascendencia en la instancia de renegociación y/o formulación de la estrategia a desplegar ante este nuevo y diferente contexto.

Sin embargo y aún bajo este panorama de tensión el Estado necesariamente debe plantear la regulación de servicios públicos como política de Estado a fin de favorecer definitivamente los intereses sociales y dejar de otorgar privilegios a sólo algunos sectores.

Si bien el objetivo de nuestro trabajo no ha sido el de criticar el proceso de transformación del Estado, el cual en aquellos tiempos se presentaba como ineludible, no nos cabe la menor duda que las vacilaciones y errores significativos en él plasmados

conspiraron no sólo con su deseable éxito sino contra la confianza depositada en él por la mayor parte de los habitantes de nuestra sociedad.

Indudablemente los Nuevos Entes Reguladores en cuanto a su organización y funcionamiento fueron una consecuencia más de este tan débil y vertiginoso proceso de transformación en donde como pudimos ver a lo largo de este trabajo no hubo una política de coordinación entre ellos como así tampoco una clara decisión en cuanto a delimitar claramente el ámbito de sus competencias y facultades.

Con respecto a esto y habiendo analizado el fallo “Angel Estrada” podemos afirmar que aún hoy en día no podemos dilucidar la eterna discusión acerca de la posibilidad de que un órgano de la administración ejerza funciones jurisdiccionales. Sin embargo creemos que es conveniente tal como lo hemos intentado remarcar en nuestro trabajo el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a los entes reguladores y aún para resolver daños y perjuicios. Nuestro fundamento es que en un principio suponemos que el ente regulador no vería con malos ojos que sus competencias y por ende su poder se acrecienten respecto de los sujetos vinculados al servicio público regulado, por otra parte sin dudas permitirá un descongestionamiento al tribunal que pueda entender con posterioridad, ya que la causa se limitará a las cuestiones de derecho, en virtud de que la prueba ha sido producida en su totalidad en dicha sede. Con respecto al usuario y a los concesionarios vemos como ventajoso varias cuestiones, una de ellas son los costos sumamente inferiores que en sede judicial, otra es que en la medida que se aseguren en sede administrativa los derechos del debido proceso, permitirán a los usuarios y concesionarios litigar con mayor celeridad y eficacia.

Por lo tanto creemos que el balance entre la conveniencia o inconveniencia de reconocer a los entes reguladores plenitud de facultades jurisdiccionales debe inclinarse hacia el lado positivo.

5. Propuestas.

Finalmente y con el ánimo de proporcionar algunas alternativas a esta problemática propugnamos la inmediata creación de una normativa que estructure uniformemente a los distintos entes reguladores, más precisamente una ley que constituya el marco regulatorio general de los servicios públicos, la cual a su vez establezca claramente el alcance de sus competencias como así también la extensión de sus facultades jurisdiccionales.

En nuestro criterio, corresponde que el Congreso, del que emana el originario poder de regulación de los servicios públicos dicte dicha ley uniforme.

Creemos que en dicho ordenamiento se debería plantear la cuestión regulatoria de tal manera que una vez sancionada se consideren modificados los marcos regulatorios en cuanto resultaren incompatibles con dicho ordenamiento, por su parte en cuanto a los entes reguladores deberán estar conformados de manera tal que se asegure: la autarquía de su organización jurídica; su independencia respecto de la autoridad pública que otorga la habilitación; la capacitación técnica y profesional de sus miembros; el empleo de procesos de selección transparentes; y la independencia e imparcialidad de sus autoridades respecto de los intereses particulares afectados mediante la aplicación de estrictos regímenes de incompatibilidad.

Así también creemos que se deberá prever en todos ellos la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios debidamente reconocidas.

Por su parte, en cuanto a los integrantes de los órganos superiores de los Entes Reguladores, creemos que sería conveniente que fueren designados por el Poder Ejecutivo, previo concurso público, y quien a su vez, pueda y deba requerir el acuerdo del Senado de la Nación. En cuanto a la remoción de los miembros estimamos

conveniente que también pueda ser efectuada por el Poder Ejecutivo nacional, por incumplimiento de las disposiciones contenidas en el respectivo marco regulatorio sectorial o por incurrir en alguna de las inhabilidades previstas en el mismo, y aquí también estimamos conveniente contar para ello con el previo consejo de una comisión del Congreso de la Nación.

Asimismo dicha normativa deberá uniformar los procedimientos y recursos en sede administrativa y judicial contra sus decisiones. Estimamos conveniente que el Poder Ejecutivo sea el que reglamente tal normativa otorgándole a cada ente su especificidad.

Conforme a lo que hemos expuesto consideramos que es el modo más sencillo de unificar la situación actual lindante al desorden que al respecto se presenta, dotando al mismo tiempo a los usuarios de mayor seguridad y certeza en la relación con los prestadores. Claro que no es el único paso a dar, pero creemos que debiera ser el primero.

²²¹ *Ibidem.*

²²² Angel Estrada y Cía S.A. CNContAdmFed., Sala I, c/ Resolución 71/96 – Secretaría de Energía y Puertos”, 15/10/99, ED, Diario de Derecho Administrativo, 30/5/2000.

²²³ CSJN, A. 126. XXXVI, del 5 de abril de 2005.

²²⁴ El art. 72 del marco regulatorio eléctrico (ley 24.065) acuerda al ENRE facultades jurisdiccionales en estos términos: “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*”.

²²⁵ ESTRADA, Ángel y Cía. S.A. c/Resol. 71/96 -Sec. Energía y Puertos (Expte. n° 750-002119/96) Causa: 3186/97 15/10/99. C.Nac.Cont.Adm.Fed., Sala I.Confr. Considerando N° 9.

²²⁶ *Ibidem.*

²²⁷ ESTRADA, Ángel y Cía. S.A. c/Resol. 71/96 -Sec. Energía y Puertos (Expte. n° 750-002119/96) Causa: 3186/97 15/10/99. C.Nac.Cont.Adm.Fed., Sala I. Confr. Considerando 10.

²²⁸ Confr. Considerando 11.

²²⁹ *Ibidem.*

²³⁰ Op. Cit. Considerando 12.

²³¹ Op. Cit. Considerando 9.

²³² Op. Cit. Considerando 10 y 11.

²³³ Op. Cit. Considerando 3.

²³⁴ Ley 24.065 de Energía Eléctrica. Op. Cit.

²³⁵ ESTRADA, Ángel y Cía. S.A. c/Resol. 71/96 -Sec. Energía y Puertos (Expte. n° 750-002119/96) Causa: 3186/97 15/10/99. C.Nac.Cont.Adm.Fed., Sala I. Consid. IV.2.

-
- ²³⁶ Op. Cit. Considerando IV.5.
- ²³⁷ ESTRADA, Angel y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos. 2005. LL. D, 439.
- ²³⁸ "Litoral Gas S.A. c. Enargas Resolución N° 29/94", CSJN, 1998, Fallos, 321:776. [en línea]. [Disponible en Internet: http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/toc_fallos.jsp]. [Última consulta: 29/07/08].
- ²³⁹ Ley 24.065 de Energía Eléctrica. Op. Cit.
- ²⁴⁰ Contrato De Concesión. Edenor S.A. confr. puntos 5.5.1 y 5.5.2. [en línea] [Disponible en Internet: <http://mepriv.mecon.gov.ar/segba/Contratoconcesionedenor.htm>] [Última consulta: 24/09/08].
- ²⁴¹ Confr. Op. Cit. Sub anexo IV 5.2.
- ²⁴² Confr. Fallos: 284:279.
- ²⁴³ El "alterum non laedere", piedra de toque y base esencial del derecho de daños, impone la obligación de reparar el perjuicio en plenitud y su operatividad adquiere una potencia singular cuando el resarcimiento se vincula con la vida y la salud de las personas. La idea "fuerza" descripta, que se relaciona con los más elementales derechos humanos, se ha difundido y no se discute en los ordenamientos jurídicos del universo civilizado contemporáneo (ver "Revista de Derecho Privado Comunitario", N° 15, Doctrina, "Accidentes", Aída Kemelmajer de Carlucci, págs.265 y sgtes. y "La Responsabilidad", libro en homenaje de Isidoro Goldemberg, dirigido por Atilio Alterini y Roberto López Cabana, págs. 89 y 271).
- ²⁴⁴ Confr. Fallos: 182:5; 315:689 y 320:1999.
- ²⁴⁵ Confr. Fallos: 250:410; 268:415.
- ²⁴⁶ BOSCH Jorge Tristán, "¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos Para Juzgar a La Administración Pública?". Víctor Zavallá Editor, 1951; págs. 55 a 64, y 160.
- ²⁴⁷ Confr. Op. Cit. Considerando 12.
- ²⁴⁸ Confr. doctrina de los casos Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil., 204 U.S. 426; Far East Conference v. United States, 342 U.S. 570; Weinberger v. Bentex Pharmaceuticals, Inc., 412 U.S. 645.
- ²⁴⁹ Confr. Considerando 13.
- ²⁵⁰ Confr. Considerando 14.
- ²⁵¹ Ley 24.065 de Energía Eléctrica. Op. Cit.
- ²⁵² Confr. Considerando 15.
- ²⁵³ Confr. Considerando 16.
- ²⁵⁴ Confr. Nader v. Allegheny Airlines, 426 U.S.290.
- ²⁵⁵ Confr. Considerando 8° Dr. Belluscio.
- ²⁵⁶ Confr. Considerando 9° Dr. Belluscio.
- ²⁵⁷ Confr. Considerando 10°, idem.
- ²⁵⁸ Confr. Considerando 12°.
- ²⁵⁹ Confr. Considerando 13°, idem.
- ²⁶⁰ Confr. Considerando 14°, idem.
- ²⁶¹ Ley 24.065 de Energía Eléctrica. Op. Cit.
- ²⁶² Confr. Considerando 15°, idem.
- ²⁶³ Confr. Considerando 16°.
- ²⁶⁴ Confr. Fallos 321:776.
- ²⁶⁵ Confr. Considerando 17, idem.
- ²⁶⁶ Confr. Considerando 18, idem.
- ²⁶⁷ V. voto de Zaffaroni.
- ²⁶⁸ Ver considerando 16, tercer párrafo.
- ²⁶⁹ Litoral Gas S.A. c. Enargas Resolución N° 29/94 CSJN, 1998, Fallos, 321:776.
- ²⁷⁰ NADER v. Allegheny Airlines, 426 EE.UU. 290 (1976).
- ²⁷¹ Ley 24.065 de Energía Eléctrica. Op. Cit.
- ²⁷² FERNANDEZ Arias c/ Poggio", Fallos, CSJN. 247:646. [en línea]. [Disponible en Inteternet: <http://www.iurisdiction.com.ar/fernandez-arias-v-poggio/>]. [Última consulta: 29/07/08].
- ²⁷³ Ver considerandos 14 y 15 de los fundamentos 3 y 4. Pág. 94.

BIBLIOGRAFÍA

a) General

BARRA, Rodolfo Carlos, "Principios de Derecho Administrativo". Buenos Aires. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 1980.

BIANCHI, Alberto B. La regulación Económica. Tomo 1. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 2001.

CASSAGNE, Juan Carlos. Estudios de Derecho Público. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1995.

CASSAGNE, Juan Carlos "Derecho Administrativo". 7ma Edición. Tomo 1. Buenos Aires. Lexis Nexis Abeledo Perrot. 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. Reflexiones sobre la Regulación Económica y el Servicio. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1995.

COMADIRA, Julio R. Reflexiones sobre la regulación de los Servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS). En: Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios. 2da Edición. Reimpresión. Buenos Aires. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. 2003. p. 637 672.

DROMI Roberto. Derecho Administrativo. 11º Edición. Buenos Aires – México – Madrid. Ciudad Argentina. 2006.

DROMI, José Roberto. Reforma del Estado y Privatizaciones. Buenos Aires. Astrea. 1991.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Parte General. Capítulo XV. [en línea] [Disponible en Internet: <http://www.gordillo.com/Tomo1.htm>]. [Última consulta: 27/07/08].

MATA Ismael; Los Entes Reguladores de los Servicios Públicos; En: El Derecho Administrativo Argentino, Hoy. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires. 1996.

b) **Especial**

ASPIAZU, Daniel y BASUALDO, Eduardo. Las privatizaciones en la Argentina. Génesis, desarrollo y principales impactos estructurales. 2002 Septiembre; [en línea]. [Disponible en Internet:<http://www.flacso.org/download/aportes/argentina/Azpiazu-.pdf>]. [Última consulta: 27/07/08].

ASPIAZU, Daniel y BONOFIOLIO, Nicolás. Nuevos y viejos actores en los servicios públicos. Transferencias de capital en los sectores de agua potable y saneamiento y en distribución de energía eléctrica en la post-convertibilidad. FLACSO. Área de Economía y Tecnología. Octubre 2006. Buenos Aires. Argentina. p. 1 a 66. [en línea]. [Disponible en Internet:http://www.flacso.org.ar/publicaciones_resultados.php?B=1&pagina=3] [Última consulta: 27/07/08].

BARBARA, Jorge Edmundo. Después de la crisis del Estado Privatizador en Argentina, regulación y control ¿a cargo de quién y hasta donde? VII congreso del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública; 2003, Octubre 28 al 31. Panamá.

BARBARA, Jorge Edmundo, El estado post privatizador. Los entes reguladores, LL, 1994-B. p. 1184. – Entes reguladores en la era de las desregulaciones. La Ley. 1994. E. p.1393.

BIANCHI, Alberto B.; “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)”. ED, T. 184, pág. 900 y T. 185, pág. 714, Cáp. III.

CASSAGNE, Juan Carlos, "Marcos regulatorios y regulación económica", en R. A. P.; Buenos Aires, 1993; N° 183, p. 22-23.

CASSAGNE, Juan Carlos; Los marcos regulatorios de los Servicios Públicos y la inserción de la técnica contractual. La Ley 1994 tomo D. pág. 948.

CASSAGNE, Juan C. Presente y futuro de la Regulación Económica. La Ley 1996. Tomo C, p. 1122.

CASSAGNE, Juan Carlos, Servicio Público, policía y fomento; Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de derecho. 2003. Buenos Aires. Argentina. Ediciones RAP. 2003.

GUASTAVINO, Elías p. “Tratado de la jurisdicción administrativa y su revisión judicial”, T 1, Buenos Aires, 1987, p. 251, nota 286. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obras, No. 19.

HUICI, Héctor. La potestad jurisdiccional en el control administrativo de los servicios públicos. La Ley 1996-B, 981.

MURATORIO, Jorge. La ley de defensa del consumidor y la protección de los usuarios de los Servicios Públicos. La ley actualidad 1993, 9 de dic.; nº 234: p. 1-3

OSZLAK, Oscar y FÓLDER, Ruth. La capacidad de regulación estatal en Argentina: Quis custodiet custodes?, 1998; Buenos Aires.[en línea]. [Disponible en Internet: http://www.economicasunp.edu.ar/03-EPostgrado/posgrados/trelew/P%20Fablica/EGob_AdmPub/info/Oszlak%20y%20Felder-%20La%20capacidad%20de%20regulacion%20estatal.pdf]. [Última consulta: 27/07/08].

PÉREZ HUALDE, Alejandro. Constitución Nacional y control de los servicios públicos. La Ley. 2001. Tomo C, 1174.

TAWIL, Guido S. Administración y Justicia; Depalma; Buenos Aires, 1993, t. II, p. 140.

TAWIL, Guido Santiago. Servicio público; ¿eficacia o desgobierno? (a propósito de privilegios. tarifas, atención al público y otros problemas presentes en el proceso de transformación del Estado). La ley 1991 Tomo C, p.639.

ÍNDICE

Capítulo I

SURGIMIENTO DE LOS NUEVOS ENTES REGULADORES

1. Introducción	10
2. El Contexto Político	11
3. El Proceso Privatizador De Los '90.	13
4. El Sentido De La Regulación Económica.	19
5. La Regulación Económica Y El Servicio Público.	23
6. Regulación Y Los Nuevos Entes Reguladores Nacionales.	30

Capítulo II

ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LOS ENTES

1. Introducción.	36
2. Noción De Ente Regulador.	37
3. Independencia Funcional E Idoneidad Técnica.	42
4. La Regulación De Los Servicios Públicos En La Época De La Post Convertibilidad.	46
5. Organización Interna.	51
6. Los Marcos Regulatorios.	52
6.1. Los Entes Reguladores En Sí	53
6.1.1. El Ente Nacional Regulador De Electricidad	53
6.1.2. El Ente Nacional Regulador Del Gas	56
6.1.3. La Comisión Nacional De Comunicaciones	57

6.1.4. El Organismo Regulador Del Sistema Nacional De Aeropuertos.....	59
6.1.5. Ente Regulador De Agua Y Saneamiento	60
6.1.6. Ente Nacional Regulador De Servicios Sanitarios	63
7. Breves Reflexiones.....	66

Capítulo III

COMPETENCIA DE LOS ENTES REGULADORES

1. Introducción.	72
2. El Alcance De La Competencia De Los Entes.....	72
2.1. Competencia Administrativa.....	78
2.2. Competencias Legislativas.....	84
2.3. Competencia Jurisdiccional.....	90
2.3.1. Los Conceptos Jurídicos Indeterminados.....	93
2.3.2. El Problema De La Jurisdicción Primaria.....	96

Capítulo IV

FACULTADES JURISDICCIONALES DE ÓRGANOS

ADMINISTRATIVOS

1. Introducción.	103
2. Competencia Jurisdiccional Para Determinar Daños Y Perjuicios. Caso “Ángel Estrada”.....	103
2.1. Las Decisiones Judiciales:.....	104
2.1.1. La Decisión De La Cámara En Lo Contencioso Administrativo:.....	104

2.1.2. Síntesis Del Fallo.	108
2.2. La Decisión De La Corte.....	109
2.2.1. Primera Cuestión:.....	110
2.2.2. Segunda Cuestión:.....	112
2.2.2.1. Fundamentos:	113
2.2.3. Conclusiones Del Fallo:	118
3. Nuestras Apreciaciones Personales Al Respecto.	119
3.1. Calidad De Tribunal Administrativo De Los Entes Reguladores.	119
3.2. La Jurisdicción Primaria.....	120
3.3. Facultades Jurisdiccionales De Los Entes Reguladores En El Fallo De La Corte.	122
4. Conclusiones.	125
5. Propuestas	128
Bibliografía.....	138
Indice	142

