

---

# SOBRE EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

OSCAR AGUILAR VALDEZ

Profesor de Derecho Administrativo y de Regulación Económica de los Servicios Públicos,  
Universidad Austral, Argentina.

## SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN. EL PAPEL DEL ENTE REGULADOR EN LA DOCTRINA DE LA REGULACIÓN. II. POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL ENTE REGULADOR ACERCA DE SU "INDEPENDENCIA" EN LA TEORÍA Y EXPERIENCIAS REGULATORIAS. III. LA INDEPENDENCIA DE LOS ENTES REGULADORES, EL CONTROL ADMINISTRATIVO Y LOS LÍMITES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO. IV. ALGUNAS CUESTIONES RESPECTO DEL CONTROL DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES. V. COLOFÓN.

## I. INTRODUCCIÓN. EL PAPEL DEL ENTE REGULADOR EN LA DOCTRINA DE LA REGULACIÓN.

El objeto del presente radica en formular algunas reflexiones sobre la temática vinculada al control administrativo<sup>1</sup> de los entes reguladores de servicios públicos; ello, desde la perspectiva del derecho público argentino.

A tales fines, resulta útil demarcar el papel que, en sistemas de regulación, le es asignada a su principal organización<sup>2</sup>: el "ente regulador".

Sin perjuicio de remitirnos a lo que sobre el particular ya hemos desarrollado con mayor extensión en otras oportunidades<sup>3</sup>, podemos señalar –no sin cierto grado de generalización– que frente a la existencia de fallas del mercado<sup>4</sup>, la *regulación económica* resulta ser un régimen de *derecho público* que está orientado a *interferir*<sup>5</sup> en las conductas de los agentes económicos a fin de eliminar los costes de transacción, simulando, de esa forma, la existencia de un mercado plenamente competitivo donde el mismo no existe<sup>6</sup>.

Además, la regulación antes que pretender mantenerse estática en la protección contra las fallas del mercado debe orientarse a crear incentivos para promover la competencia<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Motivo por el cual no nos referiremos a otras clases de controles a los que también están sometidos los entes reguladores.

<sup>2</sup> Se han diferenciado a las "instituciones" y "organizaciones", diciendo que "...las instituciones son un conjunto de reglas y normas, las organizaciones son las instancias o arenas en las cuáles los individuos se relacionan y organizan en grupos para emprender acciones cooperativas y actuar como actores colectivos en el mercado", cfr. AYALA ESPINO, José, *Instituciones y Economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 64

<sup>3</sup> AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación", en A.A.V.V. *II Jornadas Internacionales sobre Servicios Públicos*, organizadas por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Cuyo, ed. Dikè –Foro de Cuyo–, Mendoza, 2001, Págs. 22 y sigs y en "El Acto Administrativo Regulatorio", en A.A.V.V.; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2002, págs.434 y sigs.

<sup>4</sup> En general, las fallas del mercado a las que se suele hacer referencia son el "monopolio natural", las "externalidades" y la "información asimétrica". Ver, por todos, VILLAR ROJAS, Francisco José, *Privatización de Servicios Públicos*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pag. 146 y sigs y MITNICK, Barry, *La Economía Política de la Regulación*, ed. Fondo de Cultura Económica, México 1989, Capítulo III. Una crítica tradicional a la teoría de las fallas del mercado fue la realizada en 1974 por Richard POSNER en "Theories of Economic Regulation", 5 Bell Journal of Economics and Management Science, 335 (1974). Entre nosotros CASSAGNE ha puesto de manifiesto que la regulación tiene lugar aún cuando el mercado no sea monopólico, cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág.3.

<sup>5</sup> En general se coincide en tipificar a la «regulación» como una limitación a la libertad de los agentes económicos que es garantizada con la amenaza de la sanción (STONE, Alan, *Regulation and its Alternatives*, Washington, 1982, pag. 10); una intervención pública en un mercado (MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio Público y Mercado*; Vol. I, ed. Civitas, Madrid, 1998, pag. 264), una interferencia en las elecciones o acciones de los sujetos (vgr. MITNICK, Barry, *La Economía Política de la Regulación*, op. cit., pag. 22 y sigs.), o una ordenación de actividades (VILLAR ROJAS, Francisco José, *Privatización de Servicios Públicos*, op. cit, pag. 145)

<sup>6</sup> En este sentido, VISCUSI, W. Kip, VERNON, John & HARRINGTON, Joseph Jr.; *Economics of Regulation and Antitrust*, 3<sup>ra</sup> ed, The MIT Press, Cambridge, 2.000,; pág. 297 y sigs.

<sup>7</sup> LITTLECHILD, Sir Stephen C, "Regulators, competition and transitional price controls: A critique of price restraints in electricity supply and mobile telephones", Institute of Economic Affairs, London, 2002, págs. 10 y sigs.

En este contexto, la regulación no deja de ser, en sustancia, una suerte de *arbitraje* entre intereses contrapuestos<sup>8</sup>. Por tal motivo, hemos dicho en otras oportunidades<sup>9</sup>, que, en definitiva, la labor de la regulación –y del regulador en tanto que organización propia de este sistema– consiste en *prevenir y solucionar conflictos*<sup>10</sup>, tal como lo dispone el nuevo artículo 42<sup>11</sup> de la Constitución Nacional<sup>12</sup>; labor ésta que realiza cuando ejerce cualquiera de las potestades que se le han conferido (normativa, jurisdiccional y de control)<sup>13</sup>.

Esos conflictos pueden darse de tres formas básicas: una, entre prestadores y usuarios<sup>14</sup>, otra, entre distintos prestadores<sup>15</sup> –propio de un sistema liberalizado como lo ha puesto recientemente de relieve Tomás-Ramón FERNÁNDEZ<sup>16</sup>– y, finalmente, entre distintas clases de usuarios<sup>17</sup>.

Por tal motivo, hemos sostenido que en esta materia, la intervención pública es de naturaleza perpendicular y genera relaciones jurídicas *triangulares* o *plurilaterales*<sup>18</sup> o como también se ha dicho “una *trilogía de relaciones recíprocas*”<sup>19</sup> –y no exclusivamente bilaterales como lo sostenía la teoría regulatoria clásica<sup>20</sup>– en las que, tal como lo ha señalado OSZLAK, se dan tres vértices o actores (i) *consumo*, (ii) *prestación* y (iii) *regulación*, siendo las dos que se generan a partir del vértice *regulación* (relación *regulación-consumo* y *regulación-prestación*) las que reflejan la capacidad institucional del Estado para cumplir con su rol de regulador<sup>21</sup>.

Así, el regulador se transforma en un actor esencial de la relación regulatoria, puesto que su decisión, necesariamente, surtirá efectos sobre los restantes dos extremos de la relación<sup>22</sup>.

<sup>8</sup> Así, GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, “Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?”, en *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Volumen 85, Verano 2002, pág. 115.

<sup>9</sup> Ver, así, AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación”, op. Cit; en A.A.V.V. *II Jornadas Internacionales sobre Servicios Públicos*, organizadas por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Cuyo, ed. Díkè –Foro de Cuyo–, Mendoza, 2001, Págs. 27 y sigs y en “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. Cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2002, págs. 440 y sigs.

<sup>10</sup> Bien sostiene ARIÑO ORTIZ que «en una economía de mercado la existencia de intereses contrapuestos es algo cotidiano», cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*, Madrid, 1995, pag. 181.

<sup>11</sup> Dispone el artículo 42 de la Constitución Nacional: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”

<sup>12</sup> En este sentido, ver PRITZ, Osvaldo A.F., “La Reforma Constitucional y los Servicios Públicos” en SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. y otros, *La Reforma Constitucional Interpretada*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, ed. Depalma, Bs. As., 1995, pág. 230

<sup>13</sup> Sobre el particular ver el desarrollo que hemos realizado en “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. Cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2002, págs. 440 y sigs y 461 y sigs.

<sup>14</sup> Generalmente, los más comunes, como pueden ser los conflictos tarifarios, de calidad de servicio, etc.

<sup>15</sup> Por ejemplo, los vinculados al acceso de infraestructuras. Así, por ejemplo, ver caso “*Impsat S.A. v. Estado Nacional –Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ amparo ley 16.986*”, fallos de primera y segunda instancias publicados en L.L. 1998-A-239 con comentario de AGUIAR, Enoch, “*Monopolio Telefónico y Servicios en Competencia*”.

<sup>16</sup> “*Las transformaciones del derecho administrativo a resultas de las privatizaciones*”, compilado en FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, con nota introductoria de Julio Rodolfo COMADIRA, ed. La Ley, Bs. As; 2002, pág. 61 y sigs; en especial, pág.69 y sigs.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, en el caso del rebalaceo telefónico se enfrentaron usuarios del interior y de zonas urbanas y en el caso del cargo SUMA en materia de agua potable y saneamiento, se enfrentaron los usuarios servidos y los usuarios potenciales, respectivamente. En este sentido, vid los casos “*Prodelco*”, del 7/5/98 y “*Defensor del Pueblo de la Nación incidente- c. Estado Nacional –PEN- Dtos. 149/97 y 1167/97 s/ proceso de conocimiento*”, del 8/10/98, fallados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, respectivamente. En ambos casos, la circunstancia de existir requerimientos cruzados por parte de usuarios motivó el rechazo de los cuestionamientos formulados a la medida administrativa.

<sup>18</sup> En “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. Cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2002, págs. 443 y sigs

<sup>19</sup> Así, BARBARA, Jorge Edmundo, “*El camino de la reforma pendiente: criterios constitucionales para el control social en la regulación*”, trabajo presentado en el VI Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública, Bs. As, 5 al 9 de noviembre de 2001, pág. 7

<sup>20</sup> Ver la crítica a la teoría clásica en PROSSER, Tony, “*Theorizing Utility Regulation*”, 62 *Modern Law Review*, 2, 196 (1999), en especial, pág. 200 y sigs.

<sup>21</sup> OSZLAK, Oscar, “*La capacidad de regulación estatal*”, en *Enoikos Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires*, Año 8, No. 17, págs. 6 y 7.

<sup>22</sup> En esto, el ente regulador se diferencia, claramente, de cualquier otra tradicional organización administrativa, cuando menos, de las que –hasta hace poco tiempo– el derecho administrativo estaba acostumbrado a tomar como paradigma de sus construcciones dogmáticas

## II. POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL ENTE REGULADOR. ACERCA DE SU “INDEPENDENCIA” EN LA TEORÍA Y EXPERIENCIAS REGULATORIAS.

Precisamente por la peculiaridad de la intervención “*triangular*” de la autoridad regulatoria orientada a recrear y promover la competencia en los mercados, es común sostener la necesidad de su “*independencia*” o “*imparcialidad*”<sup>23</sup>.

### A) Diferentes visiones sobre la “independencia” del regulador

Esta “*independencia*” o “*imparcialidad*” –generalmente utilizadas como sinónimos aunque en rigor, como se verá seguidamente, no lo son– puede ser predicada de dos maneras diferentes<sup>24</sup>:

La primera, respecto a los restantes actores de la relación regulatoria –prestadores y consumidores–, donde propiamente lo pregonado es la “*imparcialidad*” de forma tal que el interés público que debe guiar la resolución del conflicto no se vea afectada por la “*captura*” de interés sectorial alguno<sup>25</sup>. A este respecto, debe señalarse que si bien, originalmente, la “*teoría de la captura*” remarcó, mayormente, el riesgo de desviación del regulador hacia los intereses de los prestadores<sup>26</sup>, en nuestro país se ha señalado –con todo acierto– el riesgo de la “*captura inversa*” o por los consumidores o usuarios<sup>27</sup>.

De todas maneras, esta “*imparcialidad*” no llega a convertir a la función regulatoria en un sucedáneo de la función judicial.<sup>28</sup>

La segunda manera de predicar la independencia ha consistido en hacerlo respecto del *poder político*. Este es, propiamente, el campo donde lo pregonado es el concepto de “*independencia*”<sup>29</sup> o de “*autonomía*”<sup>30</sup>.

<sup>23</sup> Así, GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, “*Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?*”, op. Cit; en *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Volumen 85, Verano 2002, pág. 115.

<sup>24</sup> Así, ver SMITH, Warrick, “*Utility Regulators – The Independence Debate*”, en Public Policy for the Public Sector, Note No.127, October 1997, pág. 1

<sup>25</sup> En esta línea, ver el seminal trabajo de STIGLER, George; “*The Theory of Economic Regulation*”, en 2 Bell Journal of Economics and Management Science (1971), pág. 3 y sigs.

<sup>26</sup> Desviación que puede ser limitada por medio de una mayor liberalización del mercado y con la consecuente sumisión a su control de un mayor número de prestadores; así, URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, “*La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones*”, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág. 11

<sup>27</sup> Así, BARBARA, Jorge Edmundo, “*El camino de la reforma pendiente: criterios constitucionales para el control social en la regulación*”, op. Cit; trabajo presentado en el VI Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública, Bs. As, 5 al 9 de noviembre de 2001, págs. 7 y 8.

<sup>28</sup> Así, ver “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. Cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2002, págs. 444 y sigs. Ha señalado SCHWARTZ, Bernard, *The Professor and the Commissions*, Alfred Knopf, New York, 1959; pag. 116: “*La determinación de los derechos de los individuos que comparecen ante la agencia, sólo es incidental y no constituye la primaria función de ésta tal como lo es en las cortes. Tal como lo señaló la Suprema Corte en un caso de 1940, los casos que se traen ante la comisión no están para proteger los derechos privados pero sí para efectuar amplias políticas sociales, cuya ejecución incidentalmente puede conferir beneficios u otorgar protección a los individuos*” (la traducción nos pertenece).

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 7 ed; Lexis-Nexis, Bs. As; pág. 384; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As; 1996; pág. 248; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5 ed; Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As; 1998, punto XV-4; MUÑOZ, Guillermo A; “*Los entes reguladores como instrumento de control de los servicios públicos*”, en Actualidad en el Derecho Público n 14, Septiembre-Diciembre de 2000, pág.66 y sigs; BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, Tomo I, Fundación de Derecho Constitucional José Manuel de Estrada, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As, 2001, pág. 235; TAWIL, Guido S, “*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*”, Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000; SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, ed. Ad Hoc, Bs. As; 1999, pág. 407 y sigs. En doctrina regulatoria, ver, por ejemplo SMITH, Warrick, “*Utility Regulators – The Independence Debate*”, op. cit. en Public Policy for the Public Sector, Note No.127, October 1997, pág. 1 y sigs y BARBARA, Jorge Edmundo, “*El camino de la reforma pendiente: criterios constitucionales para el control social en la regulación*”, op. Cit; trabajo presentado en el VI Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública, Bs. As, 5 al 9 de noviembre de 2001, pág. 8, entre otros.

<sup>30</sup> Así, URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, “*La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones*”, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág.3; también, LÓPEZ, Andrea y FELDER, Ruth, “*Regulación y control de la calidad de los servicios públicos privatizados. Los casos del servicio de gas natural, electricidad y agua potable*”, Desarrollo Institucional y Reforma del Estado, Documento No. 57, Instituto Nacional de Administración Pública, Bs. As; 1997, pág. 17. También se ha utilizado, en este mismo sentido, la idea de “*neutralidad*”; ver así el muy interesante trabajo de ADRIAO, Alejandro, “*La Falacia del Estado Neutral – A propósito de los marcos regulatorios de servicios públicos y sus entes*”, L.L. Revista del 19 de marzo de 2001, pág. 1 y sigs.

Ahora bien, una primera dificultad que se ha planteado –especialmente en la experiencia comparada y en la doctrina regulatoria– radica en determinar cuál es el *poder político* respecto al cual ponderar tal independencia o autonomía.

Así, una primera visión, desde un punto de vista político-económico, ha considerado que “*un regulador es un agente con múltiples principales*” inclusivos de los distintos poderes o partidos políticos, grupos de interés, etc.<sup>31</sup> Así, esta postura, desde el punto de vista orgánico-constitucional no se limitaría a pregonar la independencia exclusivamente de las autoridades ejecutivas sino que también lo haría respecto del Poder Legislativo<sup>32</sup> y, en sentido más amplio, respecto de los grupos de presión que actúan en la arena política, reconociendo, en definitiva, que en el mundo moderno el poder político no se encuentra, exclusivamente, institucionalizado en los poderes y autoridades estatales sino que también reside en otros estamentos.

Una segunda visión –tal vez la más corriente– centra la temática de la “*independencia*” respecto del gobierno o de las autoridades ejecutivas, en especial, en este último caso, del Poder Presidencial.

Esta visión parece tener, a su vez, dos vertientes básicas: una, la europea y otra, la norteamericana.

La vertiente europea –surgida en un marco constitucional donde el sistema parlamentario es el dominante– asienta el fenómeno de las llamadas “*administraciones independientes*” en su independización respecto del “*Gobierno*”. Así se ha dicho que tales *administraciones independientes* constituyen una manifestación del proceso de “*desgubernamentización*” de la gestión pública<sup>33</sup>. Si bien no es posible establecer un modelo único de autoridad administrativa independiente, entre las medidas institucionales que garantizarían la mentada independencia frente al Gobierno estarían las siguientes: (i) cierta potestad de auto-organización desvinculada de la que confiere el Gobierno a las restantes administraciones públicas; (ii) personalidad jurídica y agotamiento de la vía administrativa; (iii) restringida autonomía presupuestaria y patrimonial, financiación propia y selección de personal; (iv) singulares condiciones personales y profesionales requeridas para los cargos directivos; (v) una devaluada intervención parlamentaria en el procedimiento de designación de directivos; (vi) una mayor duración del mandato y su limitada renovación y (vii) ausencia de remoción gubernamental discrecional<sup>34</sup>.

Esta pretendida independización del Gobierno –que no hace más que reeditar la vieja polémica entre “*Gobierno*” y “*Administración*”<sup>35</sup>– ha planteado serias objeciones desde el punto de vista constitucional puesto que, en una democracia parlamentaria, es la sumisión de la Administración al poder directivo del Gobierno y de éste al Parlamento lo que le confiere legitimación democrática a la primera<sup>36</sup>.

De todas formas, cabe aclarar que –con realismo– se ha señalado que antes que una verdadera independización del poder directivo del Gobierno, lo que se muestra es una “*modulación*” del mismo. Antes que haber cambiado la “*forma de gobierno*” –se afirma– ha cambiado la “*forma del Gobierno*”<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> cfr. URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, “*La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones*”, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág. 4. En similar línea de ideas, y recurriendo a una aplicación de la “*teoría de la agencia*” se ha expresado MATA, Ismael, “*Panorama del control sobre los entes reguladores*”, en E.D. *Suplemento de Derecho Administrativo* del 30 de marzo de 2001, pág. 3.

<sup>32</sup> Sin perjuicio que un tratamiento de la relación regulador-Poder Legislativo excedería el presente trabajo, debe señalarse que, adecuadamente, se ha pregonado la necesidad de neutralizar al ente regulatorio de los controles legislativos –o de peculiares intentos de creaciones parlamentarias como el denominado “*Superente*”– que constituyen el máximo exponente de la “*politización*” regulatoria. Sobre el particular, ver los certeros juicios de TAWIL, Guido S., “*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*”, op. cit; *Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho* del 28 de Julio de 2000 y en “*A propósito del Proyecto de Ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas*”, en *Revista Régimen de la Administración Pública*, No. 252, Septiembre de 1999.

<sup>33</sup> En este sentido, BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones Independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 25 y RALLO LOMBARTE, Artemi, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 57.

<sup>34</sup> RALLO LOMBARTE, Artemi, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, op. cit; págs. 257 y sigs.

<sup>35</sup> Sobre esta temática, ver el importante trabajo de IVANEGA, Miriam Mabel, “*De funciones administrativas y políticas (Y de quienes las ejercen)*”, en *Revista de Derecho Administrativo* No. 40, Bs. As; 2002, págs. 355 y sigs; donde señala “*la Administración constituiría una rama específica de la actividad de gobierno y como tal un componente relevante de la conducción política. No obstante ello, es indudable que cualquier distinción que se realice no podrá ser absoluta pues deben admitirse la existencia de zonas grises producto de la propia dinámica del Estado*”.

<sup>36</sup> Por tal motivo, ha señalado PAREJO ALFONSO que la “*independización*” de la administración respecto del Gobierno genera el riesgo de la ruptura del principio de unidad de la Administración Pública en el Estado Democrático; cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 96 y 97. Más recientemente, este autor ha planteado que la intervención del Estado Social en sus actuales contornos plantea la necesidad de un total replanteamiento teórico de la ejecución administrativa, cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, “*El Estado Social Administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos*”, en *Revista de Administración Pública* No. 153, Madrid, Septiembre-Diciembre de 2000, pág. 239. Sobre los distintos argumentos esgrimidos a favor de su inconstitucionalidad, básicamente en el régimen español, ver RALLO LOMBARTE, Artemi, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, op. cit; Capítulo IV.

<sup>37</sup> Así, RALLO LOMBARTE, Artemi, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, op. cit; pág. 248. Por su parte, haciendo referencia a la independencia respecto de la Administración del Estado, se pronuncia Tomás-Ramón FERNÁNDEZ en “*Las*

Por su parte, la vertiente norteamericana centra la independencia de la comisión reguladora respecto del Poder Presidencial o más propiamente, respecto al poder de remoción discrecional del Presidente sobre los miembros directivos de la comisión. El paradigma de esta vertiente es el conocido caso "*Humphrey's Executor*"<sup>38</sup>, fallado en 1935, y en donde la Suprema Corte consideró inconstitucional la remoción del *Chairman* de la *Federal Trade Commission* –nombrado por el Presidente Hoover- dispuesta -cinco años antes de que expirara su mandato- por el Presidente Roosevelt. Como es sabido, para justificar la solución –que difería, completamente, de la adoptada por el Tribunal en 1926 en el caso "*Myers*"<sup>39</sup> - la Corte sostuvo que el poder de remoción que era dable reconocer constitucionalmente al Presidente sólo podía ser ejercido respecto de funcionarios que ejercieran funciones puramente ejecutivas y no, como en el caso de *Humphrey*, cuando se ejercían funciones *quasi legislativas* y *quasi judiciales*. Este precedente dio lugar, durante el *New Deal*, a la creación y proliferación de las llamadas *comisiones independientes*<sup>40</sup> tales como la *Securities and Exchange Commission*; la *Civil Aeronautics Board*, la *National Labor Relations Board* y la *Federal Power Commission*, entre otras.

A los efectos de la cabal comprensión de esta particular vertiente, cabe señalar que –a diferencia de la tradición y régimen constitucional argentinos- en los Estados Unidos, originalmente, no se le reconoció al Presidente una "*jefatura administrativa*". Todo el desarrollo de la "*Presidential Administration*" es fruto de la praxis política y constitucional moderna<sup>41</sup>, en especial, la desarrollada en las últimas décadas con las presidencias de Reagan y de Clinton, donde la Casa Blanca asumió un liderazgo claro en materia regulatoria<sup>42</sup>. Debe tenerse presente que esta concepción de la "*independencia*" de las agencias parece encontrarse en claro retroceso<sup>43</sup> como consecuencia de las medidas adoptadas durante estas dos presidencias -que supusieron incrementar el control presidencial sobre la formulación de políticas regulatorias<sup>44</sup> - así como también de cierta jurisprudencia de la Suprema Corte que ha intentado garantizar el reconocimiento del poder presidencial sobre el resto de los cuerpos administrativos como una prerrogativa que el Congreso no puede cercenar<sup>45</sup>.

La tercer visión formulada acerca de cuál es el *poder político* frente al que corresponde predicar la mentada "*independencia*", se ha centrado en considerarla respecto de los *partidos políticos*.

Esta ha sido la postura que parece haberse impuesto en los Estados Unidos donde, antes que intentar limitar el control del Presidente sobre la agencia, se ha pretendido aislarla del dominio de un determinado partido político<sup>46</sup>. En este sentido, se ha señalado, hubiese sido un contrasentido que presidentes "*progresis-*

*transformaciones del derecho administrativo a resultas de las privatizaciones*, compilado en FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, op. cit; pág. 69.

<sup>38</sup> 295 U.S. 602 (1935)

<sup>39</sup> 272 U.S. 52 (1926). Se ha dicho que durante casi todo el Siglo XX el poder de control del Presidente de los Estados Unidos sobre las comisiones reguladoras fue gobernado por estos dos fallos contradictorios, cfr. BREYER, Stephen, STEWART, Richard, SUNSTEIN, Cass & SPITZER, Matthew, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, text and cases*, 4 ed; Aspen Law & Business, Boston, 1999, pág.72,

<sup>40</sup> Así llamadas por que el Congreso, en las leyes de creación, expresamente prohibió al Presidente a remover a sus directivos, cfr. cfr. BREYER, Stephen, STEWART, Richard, SUNSTEIN, Cass & SPITZER, Matthew, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, text and cases*; op. cit; pág. 100.

<sup>41</sup> Así, ver CORWIN, Edward S; *El Poder Ejecutivo. Función y Poderes –1787-1957. Atribuciones y funciones del Presidente de los EEUU a través de la historia y el análisis de la práctica constitucional*, trad. de Laura PELLEGRINO, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As; 1959, págs. 162 y sigs; en igual sentido, LESSIG, Lawrence & SUNSTEIN, Cass, "*The President and the Administration*", 94 *Columbia Law Review* 1 (1994). Nos recuerda TAWIL –citando a BREYER- que el Presidente Andrew Jackson no pudo revertir la decisión de su Secretario del Tesoro cuando se negó a extraer fondos del Banco de los Estados Unidos, aún cuando pudo –y así luego lo hizo- removerlo del cargo; TAWIL, Guido S, "*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*", op. cit; Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000, nota 103.

<sup>42</sup> Así, KAGAN, Elena, "*Presidential Administration*", 114 *Harvard Law Review* 2246, June 2001.

<sup>43</sup> En nuestro país, THURY CORNEJO ha destacado como límites a la independencia de estas agencias frente al Poder Ejecutivo la facultad del Presidente de nombrar a sus directores (aunque con ratificación del Senado) y la necesidad de autorización del *Attorney General* para actuar en juicio; cfr. THURY CORNEJO, Valentín, "*Fundamentos y límites de la potestad sancionatoria de los entes reguladores de servicios públicos*", en Revista Régimen de la Administración Pública, No. 207, Bs. As; 1995.

<sup>44</sup> Se trata de las conocidas Ordenes Ejecutivas 12,291 (1980); 12,498 (1985) y 12,866 (1993), respectivamente. Sobre el particular, vid. PIERCE, Richard J. Jr, SHAPIRO, Sidney A. & VERKUIL, Paul R.; *Administrative Law and Process*, 3<sup>o</sup> ed., Foundation Press, New York, 1999, págs. 485 y sigs.

<sup>45</sup> En especial, el caso "*Immigration & Naturalization Service v. Chadha*", 462 U.S. 919 (1983)

<sup>46</sup> A este respecto, CUSHMAN sostiene que en el diseño de la *Interstate Commerce Commission* –modelo de las llamadas comisiones independientes- lo que guió a los legisladores para así calificarla, fue –precisamente- alejarla de la influencia de un determinado partido político antes que "*independizarla*" del poder del Presidente; cfr. CUSHMAN, Robert E., *The Independent Regulatory Commissions*, Oxford University Press, New York, 1941; pág. 61. En igual sentido, pero más modernamente, vid FUNK, William, SHAPIRO, Sidney A. & WEAVER, Russell L.; *Administrative Procedure and Practice. Problems and cases*, West Group, Minnesota, 1997, pág. 12. SCHWARTZ tuvo oportunidad de sostener respecto a la independencia de las llamadas "*grandes seis*" (*big six*), que "*Debido al vasto poder investido en estas agencias y a las tremendas presiones a las que están sujetas, se ha sentido esencial que ellas estén alejadas del poder e influencia de los partidos políticos*", cfr. SCHWARTZ, Bernard, *The Professor and the Commissions*, op. cit., pág. 45 (la traducción nos pertenece). Esta independencia de un determinado partido político parece ser lo determinante para así

tas" como Theodore Roosevelt y Woodrow Wilson –entusiastas promotores de estas comisiones hacia fines del Siglo XIX- fuesen favorables a limitar el poder presidencial<sup>47</sup>.

De esta forma, los órganos directivos de las llamadas *comisiones reguladoras independientes* están diseñados para que en los mismos tengan equivalente representación los dos partidos políticos mayoritarios<sup>48</sup>.

Finalmente, una cuarta visión –también con especial desarrollo en los Estados Unidos- es la que ha propugnado "*independizar*" la gestión de quienes tienen a su cargo la aplicación de las reglas y resolución de controversias regulatorias en casos concretos ("*adjudication*") frente a quienes tienen a su cargo la formulación de las políticas regulatorias ("*rulemaking*")<sup>49</sup>. No se trata ya de aislar al regulador de los órganos y organizaciones de neta raigambre política (presidente, grupos de presión y partidos políticos) sino de formular la *diferenciación de funciones dentro del mismo proceso regulatorio*. A su vez, se muestran dos tendencias sobre el particular:

La primer tendencia, buscó la separación funcional dentro del seno de la misma agencia sobre la base de intentar encomendar las funciones de control y de recolección de pruebas a funcionarios determinados ("*hearings examiners*") a los que se los pretendió aislar respecto de quienes ejercían funciones regulatorias. En este sentido, la *Administrative Procedure Act* de 1946 ("APA") expresamente prohibió al *examiner* estar sujeto al control o dirección de los oficiales encargados de la investigación y acusación del caso<sup>50</sup>. No obstante, la decisión final –de tono político-regulatorio- quedaba en manos de la cabeza de la agencia<sup>51</sup>. Será recién en 1978, cuando el Congreso Federal establezca –en lugar de los *hearings examiners*- a los denominados *Administrative Law Judges* ("ALJs"), cuando estos funcionarios, sin llegar a adquirir el rango de jueces con las garantías del Artículo III de la Constitución Federal, obtendrán el reconocimiento de un *status* verdaderamente especial. Si bien forman parte de la agencia, los ALJs están alejados de las funciones de formulación de políticas regulatorias. Para garantizar esta finalidad, el Congreso Federal les otorgó garantías de inamovilidad salvo por causa justa o por jubilación o retiro. De acuerdo a su *status* privilegiado, los ALJs reciben un salario del nivel de las máximas autoridades del Gobierno Federal<sup>52</sup>. No obstante –a contrario de lo que se pudiera esperar- las decisiones del ALJ están sujetas a revisión por una autoridad administrativa superior, en general, por la cabeza de la agencia reguladora o por un *review board*. En este sentido, se ha dicho que el diseño del ALJ no estuvo nunca orientado a proteger una decisión final de parte de éste sino, únicamente, a asegurar la imparcialidad en la determinación de los hechos. En definitiva, quien tiene a su cargo la formulación de políticas tiene asegurado un control sobre las decisiones del ALJ<sup>53</sup>.

La segunda tendencia –en vistas al poco éxito real que los intentos de separación funcional interna habían tenido- pretendió directamente garantizar la diferenciación funcional por medio de la diferenciación orgánica; es decir, atribuyendo a una agencia especializada exclusivamente las funciones de *adjudication* y encar-

calificarlas si se asume que, según señala STRAUSS, en las comisiones reguladoras independientes el presidente de la misma es designado por el Presidente de la Nación y está sujeto a su control político, cfr. STRAUSS, Peter, *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, en WADE, William, RAGNEMALM, Hans, STRAUSS, Peter & PIRAS, Aldo (Editor), *Administrative Law: The Problem of Justice. Anglo-American and Nordic Systems*, Vol. I, Transnational Juris Publications, Inc.- Giuffrè Editore, New York – Milan, 1991; pág. 597.

<sup>47</sup> Así, SHAPIRO, Martin, "*The problems of independent agencies in the United States and the European Union*", 4 *Journal of European Public Policy*, Vol. 2, June 1997, pág. 278 y sigs.

<sup>48</sup> A este respecto, en forma reciente, se ha señalado, sobre los *boards* de las denominadas comisiones independientes, que "...*generalmente, éstas tienen un número impar de miembros, con no más de una mera mayoría del mismo partido político...El término de duración en sus cargos se prolonga en exceso del período de duración del mandato presidencial*"; cfr. BREGER, Marshall & EDLES, Gary, "*Established by practice: the theory and operation of Independent Federal Agencies*", *Administrative Law Review*, Vol. 52, n° 4, Fall 2.000, pág. 1137.

<sup>49</sup> A este respecto, puntualiza TAWIL que el *rulemaking* refleja el ejercicio de funciones materialmente legislativas y el de *adjudication* se presenta en el dictado de resoluciones de naturaleza jurisdiccional o *quasi judicial*, cfr. TAWIL, Guido S.; *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Vol. I, ed. del autor, distribuida por Depalma, Bs. As., 1993, pág. 195. En esta línea de ideas, se ha señalado que los procedimientos de *adjudication* son aquellos tendientes a la determinación de los derechos y deberes individuales; y que se focaliza en la resolución de disputas individuales, importando el dictado de decisiones de la clase de las dictadas en el procedimiento judicial, cfr. KOCH, Charles H. Jr, *Administrative Law and Practice*, 2° ed., Vol. II, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, 1997, pág. 3.

<sup>50</sup> Un fuerte respaldo a esta orientación fue dado por la Suprema Corte en el conocido caso "*Wong Yang Sung v. Mc Grath*" 339 U.S. 33 (1950).

<sup>51</sup> Así, GIFFORD, Daniel J., "*Federal Administrative Law Judges: The relevance of past choices to future directions*", en *Administrative Law Review*, Vol. 49, n° 1, 1997, pág. 9 y sigs. En este sentido, señala GIFFORD que en el régimen de la APA, la responsabilidad por las políticas regulatorias se mantenía exclusivamente en cabeza de la agencia, mientras que el público podía tener la certeza que los hechos eran originalmente investigados y evaluados por un oficial no sujeto a la coerción de las autoridades de la comisión.

<sup>52</sup> Así, KOCH, Charles H. Jr, *Administrative Law and Practice*, op. cit., pág. 61.

<sup>53</sup> Así, GIFFORD, Daniel J., "*Federal Administrative Law Judges: The relevance of past choices to future directions*", en *Administrative Law Review*, Vol. 49, n° 1, 1997, op. cit., pág.30 y sigs. En igual sentido, KOCH, Charles H. Jr, *Administrative Law and Practice*, op. y vol. cit., pág. 78 y sigs.

gando exclusivamente las de formulación de políticas a otra (“*Split System*”)<sup>54</sup>. Se deben a esta tendencia las propuestas de fallida creación de la *Corte Administrativa Federal*<sup>55</sup> y de la *Corte de Ciencias*<sup>56</sup>. Se trata de un sistema que sólo habría tenido acogida en el campo de la regulación social<sup>57</sup> y no de la regulación económica y que, además de haber recibido fuertes críticas<sup>58</sup>, su “*autonomía*” ha sido limitada por la jurisprudencia de la Suprema Corte al sostener que, si al resolver la controversia la comisión tiene que interpretar una reglamentación dictada por la agencia reguladora, las interpretaciones efectuadas por ésta última deben tener preponderancia por sobre la que pueda dar la comisión adjudicadora<sup>59</sup>.

Atrás de todas estas visiones sobre la “*independencia*” del regulador respecto del *poder político*—aún en aquellos sistemas como el inglés donde no existen claros reaseguros para garantizarla<sup>60</sup>— la idea que campea se basa en que, como lo señala COMADIRA, la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política<sup>61</sup>.

## B) Independencia, oportunismo gubernamental y protección del usuario.

Desde el neo institucionalismo se ha puesto énfasis en que la mentada “*independencia*” o “*autonomía*” del poder político se justifica como resguardo al “*oportunismo gubernamental*” y al llamado “*riesgo de expropiación*”<sup>62</sup>.

SPILLER ha demostrado que en sectores como el de los servicios públicos—especialmente sensibles al interés de los políticos y, por ende, al riesgo de la expropiación indirecta de activos— la finalidad primordial de la institucionalidad regulatoria consiste en poder generar un “*compromiso regulador*” lo suficientemente estable y creíble que, por un lado, otorgue incentivos a los operadores para invertir e innovar y, por otro, salvaguarde el acceso a los usuarios a tales servicios<sup>63</sup>.

<sup>54</sup> KOCH, Charles H. Jr, *Administrative Law and Practice*, op. y vol. cits, pág. 101.

<sup>55</sup> Propuesta por el *Ash Council* al Presidente Nixon, cfr. al respecto, NOLL, Roger, *Reforming Regulation. An evaluation of the Ash Council Proposals*, Brookings Institution, Washington D.C., 1971, pág. 103

<sup>56</sup> Conocida como la *Science Court* o *Technical Review Board*.

<sup>57</sup> Ejemplo del *Split System* es la OSHA, agencia de típico cometido social (cuestiones de ocupación, salubridad e higiene).

<sup>58</sup> Las objeciones que se le han formulado han hecho hincapié en que un sistema de tal índole importaría remover de las comisiones reguladoras a la mayor parte de su trabajo diario y fundamental, privándolas de la necesaria familiaridad que el organismo debe tener con las peculiaridades de los problemas concretos de la industria regulada y, de esa forma, privándolas, también, de un mecanismo apto para la formulación más adecuada de las políticas regulatorias. Por otra parte, también se han preguntado los críticos, ¿Qué expertos podrían encabezar ese panel revisor? ¿No sería más conveniente para el interés público que esos expertos estuviesen abocados a la regulación cotidiana antes que exclusivamente a realizar labores jurisdiccionales? ¿Cómo separar las cuestiones meramente de hecho de las que envuelven la aplicación o formulación de políticas?. En este sentido, vid. BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. & SPITZER, Matthew L.; *Administrative Law and Regulatory Policy, Problems, Text, and Cases*, op. cit., págs. 199 y 200. Estas críticas recogen—en lo sustancial— los fundamentos que ya en 1941 se habían expuesto en el *Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure* para justificar la no separación institucional entre las funciones de *rulemaking* y las de *adjudication*. En este sentido, vid. CASS, Ronald, DIVER, Colin S. & BEERMAN, Jack M.; *Administrative Law. Cases & Materials*, 2<sup>o</sup> ed., Little Brown and Company, Boston, 1994, pág. 717.

<sup>59</sup> Así, “*Martin v. OSHRC*”, 499 U.S. 144 (1991), vid. KOCH, Charles H. Jr, *Administrative Law and Practice*, op. y vol. cits, pág. 101

<sup>60</sup> En general, en el caso inglés, la regulación fue confiada a oficinas unipersonales sujetas a control ministerial y responsabilidad ante el Parlamento (OFWAT, OFTEL, OFFER, OFGAS). No obstante lo cual, la práctica política demuestra que el ejercicio concreto de tales controles (teóricos) es, al igual que su responsabilidad ante los órganos políticos, limitados, lo que ha creado problemas de legitimación político-constitucional, cfr. SCOTT, Colin, “*Accountability in the Regulatory State*”, 27 *Journal of Law & Society* 38, March 2000; BALDWIN, Robert & CAVE, Martin, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1.999, pág.287. Sobre el “*modelo inglés*” de organización regulatoria, ver, en la doctrina nacional, MATA, Ismael, «*Los Entes Reguladores de los Servicios Públicos*», en el *Derecho Administrativo Argentino*, Hoy, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996; TAWIL, Guido S, “*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*”, op. cit; Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000, nota 104; BUDASSI, Iván, “*Licencias y concesiones: un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina*” en Revista de Derecho Administrativo No 24/26, Bs. As;1998; THURY CORNEJO, Valentín, “*Fundamentos y límites de la potestad sancionatoria de los entes reguladores de servicios públicos*”, op. cit; en Revista Régimen de la Administración Pública, No. 207.

<sup>61</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op y pág. Cits.

<sup>62</sup> El mentado “*riesgo de expropiación*” no debe ser aquí entendido en su acepción jurídica (expropiación por causa de utilidad pública debidamente indemnizada) sino en un sentido impropio como afectación gubernamental de los derechos de propiedad concedidos a un inversor por vías indirectas y sin compensación. En este sentido, SPILLER, Pablo T; “*El por qué de la regulación de los servicios públicos con implicancias para la Argentina*”, en Fundación Gobierno y Sociedad; Cuaderno 2, Diciembre 1998, pág.5 y sigs.

<sup>63</sup> Así, SPILLER, Pablo T; “*El por qué de la regulación de los servicios públicos con implicancias para la Argentina*”, en Fundación Gobierno y Sociedad; op. cit; Cuaderno 2, Diciembre 1998, pág. 3 y del mismo autor, “*A positive political theory of regulatory instruments: contracts, administrative law or regulatory specificity?*”, 69 *Southern California Law Review* 477 (1996) y “*Compromiso Regulador y Privatización de Servicios Públicos- Implicancias para futuras investigaciones comparadas*”, op. cit; en SAIEGH, Sebastián y TOMMASI, Mariano (Compiladores), *La Nueva Economía Política. Racionalidad e Instituciones*, ed. Eudeba, Bs. As., 1998,pág. 246.

Así se ha dicho que la autonomía regulatoria se visualiza como el instrumento que otorga previsibilidad al ajuste contractual empresa-estado en presencia de inversiones hundidas, como forma de incrementar las inversiones y el desarrollo del sector<sup>64</sup>.

De esta forma, la independencia respecto del poder político de los organismos de regulación estaría orientada a crear un “*compromiso regulatorio*” que otorgue suficiente “*credibilidad*” a las pautas y señales regulatorias<sup>65</sup>, las que deberían gozar de estabilidad y permanencia durante el largo plazo de la inversión<sup>66</sup>.

Desde otra perspectiva, en nuestro país, la “*independencia*” respecto del poder político ha sido planteada como un reaseguro para la defensa de los intereses públicos y la de los usuarios. En esta línea, GORDILLO ha sido –tal vez– quien más ha insistido con esta posición; ello, sobre la base de considerar que el poder político –que en el caso argentino, como se verá, es quien oficia de poder concedente– es más maleable frente a las presiones del poder económico<sup>67</sup>. Esta postura parece haber sido seguida en algunos precedentes judiciales<sup>68</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que, en rigor de verdad, ambas posturas no son antagónicas sino que se complementan y aúnan entre sí. El respeto a las reglas de juego frente al oportunismo político que supone el compromiso regulador no puede ser entendido como una exclusiva protección del inversor en desmedro de los derechos de los usuarios ni, paralelamente, la necesaria protección de los derechos de los usuarios frente a las exigencias del cortoplacismo político puede habilitar el sacrificio de los derechos de los prestadores. Por otra parte, tal como puede ocurrir respecto al regulador, la “*captura*” del poder político no tiene por qué ser exclusiva a favor de los prestadores sino que, también, puede aquí darse la “*captura inversa*” de parte de los grupos de consumidores quienes, recordemos, en el campo de la arena política representan votos.

Precisamente debido a la naturaleza triangular de la intervención regulatoria a la que nos hemos referido precedentemente, y que persigue armonizar los intereses contrapuestos de los actores del mercado, la sujeción absoluta de las necesidades institucionales del fenómeno regulatorio al avance de la política, necesariamente perjudicará a ambos extremos de la relación.

Por otra parte, una solución parcializada entraña el riesgo de convertir al regulador en un organismo corporativo alejado de las finalidades de su creación<sup>69</sup>.

De allí, entonces, que con mayor rigor conceptual, antes que de la “*independización*” del regulador respecto del poder político –que sólo tiene carácter instrumental–, en realidad, deba predicarse como finalidad la “*neutralización política*” de la institucionalidad regulatoria<sup>70</sup>, es decir, garantizar que las decisiones regulatorias estén basadas, exclusivamente, en consideraciones técnico-regulatorias (por esencia, de carácter “*arbitral*” entre los intereses y pretensiones de los agentes económicos y que tiene en vista la sustentabilidad del mercado o del servicio a largo plazo) y no en posiciones o pretensiones que, aún siendo muy respetables, corresponda su tratamiento en ámbitos diferentes al regulatorio<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> Así, URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, “*La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones*”, op. cit; Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág. 3

<sup>65</sup> Así, MAJONE, Giandomenico, “*The Agency Model: The growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union*”, en EIPASCOPE 1997/3, European Institute of Public Administration.

<sup>66</sup> Aún cuando se reconoce que el largo plazo de toda inversión en infraestructura dificulta la creación de compromisos creíbles; así, ver SMITH, Warrick, “*Utility Regulators – The Independence Debate*”, op. cit; en Public Policy for the Public Sector, Note No.127, October 1997, pág. 1

<sup>67</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, op. y vols. Cits; punto XV-4

<sup>68</sup> Por ejemplo, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala II, in re “*Obras Sanitarias de Mendoza S.A. v. Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad*”, del 10 de mayo de 2001.

<sup>69</sup> En este sentido, ver CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; pág.373. Sobre la relación entre la protección de los derechos de los usuarios y la función del regulador, ver NALLAR, Daniel, “*Entes Reguladores... ¿Misión cumplida?*”, en Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 20 de Julio de 2001, pág.5

<sup>70</sup> La jurisprudencia, en un caso, pareció sostener esta postura, cfr. CNFed. Cont. Adm, Sala II, in re “*Metrogas v. ENARGAS*”, del 9/11/94, L.L. 1995-B-108

<sup>71</sup> Lo dicho en el texto se relaciona con otras formas de “*politización*” de la institucionalidad regulatoria tales como la desnaturalización del régimen de audiencias públicas –convirtiéndolas en verdaderas tribunas políticas– o las pretensiones de ciertos políticos y legisladores de lograr en sede regulatoria –y aún, en sede judicial– lo que no han podido conseguir por los mecanismos que la democracia representativa pone a su disposición. Sobre el particular, ver TAWIL, Guido S, “*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*”, op. cit; Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000 y en “*A propósito del Proyecto de Ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas*”, op. cit; en Revista Régimen de la Administración Pública, No. 252, Septiembre de 1999. Sobre los riesgos de la politización por vía de los mecanismos de participación pública en los entes reguladores, ver CASSAGNE, Juan Carlos, “*La participación pública en el control de los servicios*”, separata de Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Serie Edición Aniversario, Julio 1999, y del mismo autor, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; pág. 394 y sigs.

### III. LA INDEPENDENCIA DE LOS ENTES REGULADORES, EL CONTROL ADMINISTRATIVO Y LOS LÍMITES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO.

#### A) Los problemas de coherencia, adecuación y uniformidad.

Bien ha dicho SPILLER que el problema de la privatización de los servicios públicos radica en cómo acomodar la privatización dentro del marco institucional del país en cuestión<sup>72</sup>. De allí que, en definitiva, la forma en que se organice el fenómeno regulatorio necesariamente estará constreñido y limitado por el marco jurídico-institucional aplicable. Así, soluciones que pudieron haber tenido éxito en determinados países, sectores o sistemas, no necesariamente podrán ser trasladados, sin más, a otros, tal como respecto al régimen argentino lo ha señalado CASSAGNE<sup>73</sup>.

Por otra parte, amén que en un Estado de Derecho resulta impensable crear organismos y marcos institucionales que no se adecuen a los principios constitucionales, es evidente que de seguirse una solución contraria, la “credibilidad” y “estabilidad” de los compromisos regulatorios a los que hemos hecho mención, quedarían necesariamente amenazados<sup>74</sup>.

Merece tenerse en cuenta que tal como da muestra BIANCHI<sup>75</sup> no existe, en el campo normativo, un modelo único de ente regulador, motivo por el cual cualquier pretensión de generalización se vuelve, en este tema, muy dificultosa.

En relación al tema que nos ocupa, podemos advertir que, en el orden federal, esa falta de uniformidad se muestra, por ejemplo, en cuatro campos:

Primero, en la jerarquía de la norma de creación, existiendo algunos entes creados por Ley –ENRE, ENARGAS–, otros por decreto –ORSNA, CNC, CNRT– y uno mediante convenio interjurisdiccional –ETOSS–.

Segundo, en la naturaleza jurídico-administrativa del ente, puesto que si bien en su mayoría se tratan de entes autárquicos<sup>76</sup>, la regulación en materia de telecomunicaciones reposa, sustancialmente, en un órgano de la Administración Central como lo es la Secretaría de Comunicaciones, relegando a la CNC –entidad descentralizada– a un carácter de autoridad de mero control<sup>77</sup>. Asimismo, la regulación de los conflictos de interconexión ha sido confiada, conjuntamente, a dicha Secretaría y a la de Defensa de la Competencia y del Consumidor<sup>78</sup>. Por su parte, en materia energética, la Secretaría de Energía inviste facultades reglamentarias<sup>79</sup>, autoritarias en materia de ingreso de agentes al mercado<sup>80</sup> y hasta jurisdiccionales<sup>81</sup>.

Tercero, en la conformación y estabilidad de los órganos directivos, donde si bien el Poder Ejecutivo interviene en su nombramiento, existen diferencias en la idoneidad y especialización exigidas, en los mecanismos de selección y los procedimientos de remoción, a la par de la posibilidad –o no– de reelección<sup>82</sup>.

<sup>72</sup> SPILLER, Pablo T; “Compromiso Regulator y Privatización de Servicios Públicos- Implicancias para futuras investigaciones comparadas”, op. cit; en SAIEGH, Sebastián y TOMMASI, Mariano (Compiladores), *La Nueva Economía Política. Racionalidad e Instituciones*, ed. Eudeba, Bs. As., 1998, pág. 252

<sup>73</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, op. cit; L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág. 4.

<sup>74</sup> El ajuste de las organizaciones al sistema institucional es una precondición de cualquier decisión económica no oportunista.

<sup>75</sup> BIANCHI, Alberto, *La Regulación Económica*, op. y tomo cit, págs. 205 y 227, respectivamente.

<sup>76</sup> Así, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 228 : 120 y Dictámenes 239 : 115 entre otros.

<sup>77</sup> Ver Decreto 764/2000.

<sup>78</sup> Cfr. Reglamento Nacional de Interconexión Aprobado por el Decreto 764/2000, Anexo II. Téngase en cuenta que, en materia de telecomunicaciones, la interconexión es tal vez el campo donde la regulación pública adquiere mayor relevancia.

<sup>79</sup> Cfr. Ley 26.065, artículo 36.

<sup>80</sup> Cfr. Resolución 61/92 S.E., y sus modificatorias y complementarias, Anexo 17

<sup>81</sup> Tal lo que ocurre en materia de transporte de hidrocarburos líquidos según lo dispone el artículo 7º, inciso j) del Decreto 44/91

<sup>82</sup> Sobre el particular, ver, en general, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. cit; págs.384y sigs; BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; págs. 215 y sigs; GORZELANY, Liliana B; MAC MAHON, Juan J y ZARCITA, Alberto D; “Entes Reguladores, autarquía e independencia, designación de autoridades”, en Revista Régimen de la Administración Pública No. 213, pág. 104 y sigs; y URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, “La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones”, op. cit; Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág.4

<sup>83</sup> En general, sobre esta temática, ver CANOSA, Armando, “El recurso de alzada y la nueva administración”, en A.A.V.V; *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-1993*, ed. Oficial, Bs. As; 1993, y *Los Recursos Administrativos*, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As; 1996, pág. 224 y sigs y SEIJAS, Gabriela, “Los Entes Reguladores y la extensión del Recurso de Alzada”, en Revista de Derecho Administrativo, n° 27/29, pág. 477 y sigs.

Cuarto, en la previsión del recurso de alza contra las decisiones de los entes reguladores<sup>83</sup>, puesto que mientras en los casos del ENRE<sup>84</sup>, CNC<sup>85</sup> y ETOSS<sup>86</sup> el mismo se encuentra previsto sin limitación alguna, existen dudas respecto a su procedencia en el caso de decisiones del ORSNA<sup>87</sup> y se encuentra expresamente vedado para las resoluciones jurisdiccionales en el caso del ENARGAS<sup>88</sup>. Estas circunstancias –entre otras asimetrías– ha llevado a BIANCHI a exhortar por la necesidad de coherencia en el régimen jurídico de los entes reguladores; puntualizando que dicha coherencia –en los aspectos que aquí nos interesan– debería estar dada por la coordinación de, entre otros aspectos, (i) la naturaleza de su norma de creación; (ii) el alcance de sus facultades y (iii) el control administrativo o de tutela sobre el ente<sup>89</sup>.

## B) ¿Exige la Constitución entes independientes de la Administración Central? La cuestión de las secretarías reguladoras.

Ahora bien, una primera cuestión que se impone considerar es si nuestro sistema constitucional impone, o no, la existencia de entes reguladores “*independientes*” de la Administración Central.

En el campo doctrinario GORDILLO ha sido quien con mayor énfasis ha dado una categórica respuesta positiva a este interrogante. Señala que es el artículo 42 de la Constitución Nacional la norma que funda tal exigencia<sup>90</sup>, así como que “*puede hoy en día sostenerse que el debido proceso incluye la existencia de organismos imparciales e independientes del poder concedente que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios, sujeto al necesario contralor jurisdiccional.*”<sup>91</sup>

En jurisprudencia, también se ha partido del artículo 42 de la Constitución Nacional para fundar la necesaria existencia de entes reguladores “*independientes*” de la Administración Central; norma ésta que, inclusive, sería de aplicación directa para exigir tal existencia en los sistemas provinciales<sup>92</sup>.

Por nuestra parte, nos parece que no surge de la Constitución Nacional –especialmente, de su artículo 42– la mentada exigencia de “*independencia*” de la Administración Central. En efecto, primeramente, debemos reparar en que el texto constitucional sólo se hace referencia a los “*organismos*” de control sin mayores aditamentos o calificativos. Es decir que no se alude a “*entidades*”, eliminando de esa forma la posibilidad de admitir, inequívocamente, la exigencia constitucional de una personalidad jurídica diferenciada a la de la Administración Central<sup>93</sup>. Por otra parte, debe notarse que no se califica a dichos “*organismos*” como “*independientes*” ni se les confiere, expresamente, “*autonomía*” alguna<sup>94</sup>, como sí lo ha hecho, a este último respecto, la Constitución Nacional –según la Reforma operada en el año 1994– en relación a instituciones tales como el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación, las universidades nacionales o el Ministerio Público, respectivamente<sup>95</sup>. Asimismo, tal como lo veremos seguidamente, es la propia Constitución Nacional la que establece restricciones para predicar tal independencia, cuando menos, desde el punto de vista político-institucional.

Así, parecería ser que la única exigencia constitucional –en esta materia– estaría dada por la existencia de los organismos de control y no respecto a su independencia frente a la Administración Central.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “*Consumidores Libres*” implícitamente parece haberse pronunciado contrariamente a la existencia de tal requerimiento constitucional –cuando menos, entendido como un derecho de los usuarios emanado del artículo 42 tal como había sido planteado por la asociación recurrente– al desconocer que, *per se*, la intervención dispuesta por el Poder Ejecutivo respecto a

<sup>84</sup> Ley 24.065, artículo 76

<sup>85</sup> Decreto 1185/90, artículo 33

<sup>86</sup> Decreto 999/92, artículo 18, inciso b)

<sup>87</sup> Decreto 375/97, artículos 29 y 30

<sup>88</sup> Decreto 1738/92, Capítulo XI “*Procedimientos y Control Jurisdiccional*”, reglamentación artículos 65 a 70, apartado 12)

<sup>89</sup> BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 238. El restante aspecto que indica BIANCHI es el relativo a los límites de la revisión judicial.

<sup>90</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4 ed; Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As; 2000, VII-16, punto 1.1.

<sup>91</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, op. cit; punto XV-5

<sup>92</sup> Así, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala II, en el ya citado caso “*Obras Sanitarias de Mendoza S.A. v. Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad*”, del 10 de mayo de 2001.

<sup>93</sup> Ello, aún cuando puede advertirse que la Constitución Nacional no utiliza, en materia de organización institucional y administrativa, conceptos técnicos sino políticos.

<sup>94</sup> Esta cuestión fue introducida en el debate de la Convención Constituyente por la Convencional LIPSZYC, mereciendo –inclusive– la inserción de su propia solicitada en el Diario de Sesiones, mas no surge de la exposición del Convencional IRIGOYEN, Miembro Informante de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías; cfr. *Convención Nacional Constituyente*, Versión Taquigráfica de la 3ª Sesión Ordinaria del 16 de agosto de 1994, en especial, págs. 4171 y sigs.

<sup>95</sup> cfr. C.N. artículos 86, 85, 75, inciso 19 y 120, respectivamente. En igual sentido, PLAZA, Martín, “*El Organismo regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos*”, en Revista Sindicatura No. 11, Junio de 2000, pág. 2.

la CNC pudiese concretarse en perjuicio de los usuarios y, por lo tanto, otorgar suficiente legitimación para el cuestionamiento judicial de la medida<sup>96</sup>. Repárese en que lo que se discutía en ese caso era, ni más ni menos, que la intervención dispuesta en el órgano directivo de la comisión reguladora, es decir, la medida en que mayormente se demuestra la existencia de un poder de control por parte de la Administración Central<sup>97</sup>.

Lo dicho resulta relevante, especialmente, frente a la existencia de facultades típicamente regulatorias en órganos adscriptos en la Administración Central<sup>98</sup> como lo son, en materia de telecomunicaciones, la Secretaría de Comunicaciones, la de Defensa de la Competencia y del Consumidor y, en materia de energética, la de Energía, tal como ya ha sido señalado. De esta forma, la calidad de secretarías ministeriales no afecta *per se* la validez constitucional de la atribución de facultades regulatorias.

Respecto a estos supuestos -en los que corresponde afirmar el carácter eminentemente político de sus titulares y la falta de especialización técnica requerida a éstos- cabe señalar que, aún cuando se considere que se tratan de casos de desconcentración administrativa<sup>99</sup>, y más allá de las restricciones que, al efecto, podría sostenerse que surgen de la función materialmente ejercida en cada caso<sup>100</sup>, de acuerdo con importante doctrina y jurisprudencia de la Procuración del Tesoro, el Presidente de la Nación estaría habilitado para proceder a avocarse en la labor de tales secretarías<sup>101</sup>; con lo cual, sumado a la posibilidad de libre y discrecional remoción de sus titulares, surge clara la falta total de “*independencia*” o “*autonomía*” de esta clase de reguladores frente al Presidente de la Nación.

### C) Autarquía, independencia y control administrativo.

Sobre la base de que la mayoría de los entes regulatorios han sido creados como entidades autárquicas<sup>102</sup>, en general se ha puesto énfasis -en lo que hace a intentar garantizar su independencia frente a la Administración Central- en la circunstancia en que la entidad hubiese sido creada por ley o por decreto.

Al respecto, cabe recordar -como se ha señalado- que la cuestión es de larga data puesto que se remonta a más de cincuenta años atrás con las opiniones discordantes de BIELSA y de VILLEGAS BASAVILBASO<sup>103</sup>. Lo cierto es que, como bien lo recuerdan COMADIRA<sup>104</sup> y BIANCHI<sup>105</sup>, tres han sido las posturas que, en lo sustancial, se han invocado sobre el particular.

La primera, mayoritaria y de más antigua data, sostiene que las entidades autárquicas sólo pueden ser obra del legislador; ello, basado -en lo sustancial- en la competencia atribuida al Congreso por el artículo 75, inciso 20 de la Constitución en lo que hace a la “*creación y supresión de empleos*” así como la de “*fixar sus atribuciones*”<sup>106</sup>.

<sup>96</sup> Cfr. causa C. 7. XXXII. C. 1892. XXXI, in re “*Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo*”, del 7/5/98, Fallos 321 : 1352. Cabe señalar que el Tribunal concedió el recurso extraordinario interpuesto tanto por la asociación como por el Defensor del Pueblo por encontrarse en juego la interpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional; cfr. Considerando 5).

<sup>97</sup> A este respecto, repárese en que, como bien ha señalado CASSAGNE “*las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el interventor se rigen por los principios de la jerarquía, pudiendo recibir la entidad autárquica por este medio órdenes dictadas e instrucciones específicas del Poder Ejecutivo*”; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; pág. 364

<sup>98</sup> MUÑOZ ha dicho, respecto a la naturaleza jurídica de los entes reguladores que “*algunos son simples órganos de la Administración Pública*.”; cfr. MUÑOZ, Guillermo A.; “*Los Entes Reguladores como instrumentos de control de los servicios públicos*”, en *Actualidad en el Derecho Público* n° 14, Septiembre-Diciembre de 2.000, pág. 72

<sup>99</sup> Ello, en la medida en que la normativa les habría conferido a esos órganos facultades decisorias en esas materias; cfr. Doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, dictamen 366/2002, del 30/9/2002, pág. 6. Sobre la desconcentración, ver CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; págs. 295 y siguientes.

<sup>100</sup> Por ejemplo, en materia jurisdiccional.

<sup>101</sup> Así, se considera que la especial atribución de competencias a un órgano desconcentrado en función de su especialidad técnica no es una limitante para la avocación presidencial; cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, con la colaboración de Laura MONTI, Tomo I, ed. La Ley, Bs. As; 2002, pág. 163; idem, GONZÁLEZ ARZAC, Rafael, “*La Competencia de los órganos administrativos*”, en A.A.V.V., *Estudios de Derecho Administrativo*, ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As, 1975, pág. 92; Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 219 : 167 y sus citas. Asimismo, la Procuración ha admitido la procedencia de la avocación presidencial respecto de las facultades atribuidas por la ley al Jefe de Gabinete, cfr. Dictámenes 232 : 174. Adicionalmente, cabe señalar que el Alto Organismo Asesor también ha admitido la avocación presidencial frente a un órgano desconcentrado con el fin de proceder a ejercer la facultad revocatoria, cfr. Dictámenes 235 : 446. También se ha admitido la avocación del Poder Ejecutivo para resolver un reclamo impropio interpuesto contra un reglamento dictado por un ministerio; cfr. Dictámenes 192 : 28.

<sup>102</sup> Así, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 228 : 120 y Dictámenes 239 : 115 entre otros.

<sup>103</sup> BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 227 y sigs.

<sup>104</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op. cit.

<sup>105</sup> BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 228 y sigs.

<sup>106</sup> Básicamente sostenida por BIELSA y seguida, con matices diversos, por DÍEZ, GORDILLO, LINARES, CANASI, Roberto y Juan Carlos LUQUI, DROMI, DOCOBO y FIORINI; cfr. DE ESTRADA, Juan Ramón, “*Atribución de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para crear Entidades Autárquicas*”, L.L. 156 : 1413, en especial, págs. 1417 y sigs.

La segunda, sostiene que se trata de una facultad exclusiva del Presidente de la Nación por ser una manifestación de la “*Administración General del País*” y amparada por la “*Zona de Reserva de la Administración*”<sup>107</sup>. No obstante, esta exclusividad no alcanza a las entidades que, por expreso mandato constitucional, deben ser creados por el Legislativo al tratarse de “*administraciones especiales*” confiadas por el constituyente al Congreso –ej. Bancos oficiales y Universidades nacionales<sup>108</sup>.

Finalmente, una tercera postura que considera que se tratan de facultades concurrentes entre ambos poderes<sup>109</sup>, con excepción de las entidades que se encuentren relacionadas con las atribuciones expresas que la Constitución Nacional pone a cargo del Congreso<sup>110</sup>.

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación, si bien con una jurisprudencia cambiante a lo largo del tiempo<sup>111</sup>, parece inclinarse por la segunda posición<sup>112</sup>.

En materia específica de entes reguladores, la doctrina tampoco se encuentra conteste reeditándose, en lo sustancial, los mismos argumentos esgrimidos para la creación de entes autárquicos y que acabamos de reseñar<sup>113</sup>.

La cuestión central pasa, entonces, por determinar si la Constitución Nacional al contemplar a los organismos de control ha establecido una solución especial para estos entes a modo de lo previsto respecto de bancos y universidades nacionales. Téngase en cuenta que, en el caso de tratarse de entes que sólo pueden ser creados por el Congreso en función de facultades constitucionales exclusivas, en la postura más favorable a reconocer facultades de creación al Presidente, el control de la Administración Central estaría limitado a cuestiones de legalidad excluyéndose las de oportunidad, mérito y conveniencia<sup>114</sup>.

Una postura sostiene que el artículo 42 de la Constitución Nacional, al referirse en su texto a la “*legislación*”, impone –en resguardo de los derechos de los usuarios- la necesidad de creación por ley formal de tales entes así como la necesaria adecuación de los creados por decreto en forma previa a la reforma constitucional<sup>115</sup>. Esta tesis ha sido seguida por cierta jurisprudencia administrativa del ENRE<sup>116</sup> así como por alguna jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal<sup>117</sup>. Así, los entes reguladores sólo podrían ser creados por el Congreso en ejercicio de facultades constitucionales exclusivas, de donde se derivarían ciertas

<sup>107</sup> Sostenida, básicamente, por VILLEGAS BASALVIBASO y MARIENHOFF y seguida por SARRÍA, BIDART CAMPOS y ALTAMIRA, cfr. DE ESTRADA, Juan Ramón, “*Atribución de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para crear Entidades Autárquicas*”, L.L. 156 : 1413, en especial, págs. 1419 y sigs.

<sup>108</sup> Así, MARIENHOFF, Miguel S; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5 ed; ed. Abeledo Perrot, Bs. As; 1995, pág. 377 y del mismo autor, “*La potestad constitucional para crear entidades autárquicas institucionales y lo atinente a la extensión del control sobre las mismas, en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación*”, en A.A.V.V; *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, ed. Oficial, Bs. As; 1983, pág. 54

<sup>109</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; págs. 297 y 361 y DE ESTRADA, Juan Ramón, “*Atribución de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para crear Entidades Autárquicas*”, L.L. 156 : 1413, en especial, págs. 1420 y sigs.

<sup>110</sup> Es decir, bancos oficiales y universidades nacionales, cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; pág. 361

<sup>111</sup> Así, ver MARIENHOFF, Miguel S; “*La potestad constitucional para crear entidades autárquicas institucionales y lo atinente a la extensión del control sobre las mismas, en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación*”, op. cit. en A.A.V.V; *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, op. cit; págs. 61 y sigs; y más recientemente, LÓPEZ OLACIREGUI, Martín, “*La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación en materia de entidades autárquicas*”, en Revista de Derecho Administrativo No.14, págs. 533 y sigs.

<sup>112</sup> En este sentido, Dictámenes 236 : 354 y sus citas.

<sup>113</sup> Sobre el particular, ver BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; págs. 229 y sigs.

<sup>114</sup> El ENRE ha interpretado, al elevar un recurso de alzada interpuesto por EDESUR S.A. contra una decisión dictada en una controversia en los términos del artículo 72 de la Ley 24.065, que el contralor de la Secretaría de Energía resultaba limitado a la legalidad del acto invocando al efecto lo normado en el artículo 97 del Decreto 1.759/72 (T.O. 1991) en cuanto dispone tal solución cuando la entidad autárquica fuese creada por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales; cfr. Resolución ENRE n° 4/94. Nos hemos referido a esta jurisprudencia en AGUILAR VALDEZ, Oscar, “*Notas sobre los procedimientos administrativos de solución de controversias entre agentes de la industria por parte de los entes reguladores de servicios públicos (Con especial referencia al caso del ENRE)*”, en A.A.V.V., *Procedimiento Administrativo*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As, 1998.

<sup>115</sup> Postura básicamente sostenida por GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, op. cit; XV-1 y sigs.

<sup>116</sup> El ENRE ha interpretado, al elevar un recurso de alzada interpuesto por EDESUR S.A. contra una decisión dictada en una controversia en los términos del artículo 72 de la Ley 24.065, que el contralor de la Secretaría de Energía resultaba limitado a la legalidad del acto invocando al efecto lo normado en el artículo 97 del Decreto 1.759/72 (T.O. 1991) en cuanto dispone tal solución cuando la entidad autárquica fuese creada por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales; cfr. Resolución ENRE n° 4/94. Nos hemos referido a esta jurisprudencia en AGUILAR VALDEZ, Oscar, “*Notas sobre los procedimientos administrativos de solución de controversias entre agentes de la industria por parte de los entes reguladores de servicios públicos (Con especial referencia al caso del ENRE)*”, en A.A.V.V., *Procedimiento Administrativo*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As, 1998.

<sup>117</sup> Así, por ejemplo, Juzgado Contencioso Administrativo Federal No. 10, in re “*Nieva, Alejandro y otros v. PEN –Dec.375/97*”, del 30/5/97 y del 8/7/97, confirmadas por la Sala II de la Cámara del Fuero. Merece señalarse que, posteriormente, al resolver la Corte Suprema la conocida causa “*Rodríguez*”, ambos fallos quedaron sin efecto, aún cuando el Alto Tribunal no se pronunció sobre el tema en cuestión.

consecuencias como, por ejemplo, la improcedencia de la intervención, avocación y control por vía del recurso de alzada<sup>118</sup>.

Desde otra perspectiva, CASSAGNE, reafirmando su concepción sobre la existencia de facultades concurrentes para la creación de entes autárquicos, ha negado que los entes reguladores sean de aquellos que el Congreso deba crear en ejercicio de facultades constitucionales exclusivas al no estar su modo de creación expresamente previsto en la Constitución<sup>119</sup>.

La Procuración del Tesoro de la Nación, siguiendo también su jurisprudencia tradicional en materia de entes autárquicos, ha considerado que, aún luego de la reforma constitucional, los entes reguladores pueden ser creados por el Poder Ejecutivo, quien ejercerá sobre ellos un control amplio, tanto de legalidad como de oportunidad, mérito y conveniencia<sup>120</sup>, lo que importa, implícitamente reconocer que aún los creados por ley no lo han sido en ejercicio de facultades legislativas exclusivas<sup>121</sup>.

Por nuestra parte, coincidimos con COMADIRA y BIANCHI cuando –aún desde diferentes puntos de vista– llegan a la conclusión de que la mención a la “*legislación*” que contiene el artículo 42 de la Constitución Nacional no impone la creación exclusiva por ley formal; ello, en la medida en que el vocablo empleado por la norma no es sinónimo de ésta última sino que también admite su referencia a ley en sentido *material*, lo que habilitaría la creación por reglamento administrativo<sup>122</sup>. No obstante, dentro de una adecuada hermenéutica constitucional, no puede escaparse que, como bien ha señalado COMADIRA, la afectación de derechos particulares por parte de estos entes debería contar con respaldo en ley formal<sup>123</sup>. Mas ello –que es predicable para toda clase de organización administrativa cuyas competencias sean susceptibles de afectar derechos individuales y no sólo respecto a los entes reguladores– no es fundamento suficiente para equiparar a éstos con los bancos oficiales y con las universidades nacionales a los fines de limitar el control administrativo, puesto que en estos últimos casos, la referencia a las facultades legislativas exclusivas resulta indudable.

Lo dicho deriva en la conclusión que los entes reguladores, aún los creados por ley del Congreso, no dejan de constituir “*administración pública*” y, por ende, subordinados a las políticas administrativas<sup>124</sup> y al control del Ejecutivo como Jefe y responsable político de la Administración Pública Nacional<sup>125</sup>. En este sentido, debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido sumamente estricta en la vigencia de la jefatura administrativa<sup>126</sup> sobre las entidades autárquicas, aún respecto a las de raigambre constitucional como lo eran, aún antes de la reforma constitucional, las universidades nacionales<sup>127</sup>. En síntesis: la existencia de un “*cuarto poder*” –el *poder regulatorio*– desvinculado de la Administración Central, y en especial, del poder de control presidencial, resulta un imposible dentro de nuestro sistema constitucional<sup>128</sup>. Siempre hemos pensado que es la existencia de la Jefatura Administrativa y el control que el Ejecutivo tiene en virtud de la misma sobre todas las manifestaciones de la Administración, lo

<sup>118</sup> Así, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, op. cit; XV. En la Resolución ENRE 4/94 antes citada, la consecuencia derivada de esta posición fue propugnar el limitado control del superior por la vía de alzada.

<sup>119</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; pág. 370

<sup>120</sup> Dictámenes 239 : 115 en referencia al ORSNA.

<sup>121</sup> Cabe señalar que la Procuración del Tesoro de la Nación ha considerado que, aún tratándose de un ente (en el caso, la Superintendencia de Seguros de la Nación) creado por ley, en tanto que no se trate de los creados por el Congreso en virtud de facultades constitucionales exclusivas, el control del Ejecutivo es amplio, cfr. Dictámenes 213 : 291

<sup>122</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op. cit; pág. 235 y BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 233.

<sup>123</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op. cit; pág. 235.

<sup>124</sup> Así, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 239 : 26 y Dictámenes 241 : 386, donde se consideró aplicables a entidades creadas por ley (Banco de la Nación Argentina y Comisión Nacional de Valores, respectivamente) las políticas de racionalización y de reducción del gasto público dispuestas por el Poder Ejecutivo.

<sup>125</sup> Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 239 : 115 y sus citas.

<sup>126</sup> Así, ya en 1864, en el precedente de Fallos 1 : 456, in re «*Benítez y Cia*», el Tribunal tuvo oportunidad de sostener que «*...el Poder Ejecutivo Nacional, en virtud de las atribuciones que le corresponden como Jefe Supremo de la Administración General de la República, ..., puede inspeccionar los procedimientos de aquellos empleados que él nombra al efecto y que obran bajo su dirección y dependencia y reformarlos reparando los perjuicios que hayan causado a los particulares por una errada aplicación de las leyes y de los reglamentos dictados para su fiel observancia*».

<sup>127</sup> Vale recordar lo resuelto en la causa “*Universidad de Buenos Aires v. Estado Nacional*” (Fallos 314 : 570) en donde el Alto Tribunal tuvo ocasión de señalar “*que las disposiciones de la Constitución Nacional que confieren al Presidente el carácter de jefe supremo de la Nación, a cuyo cargo se halla la administración general del país (art. 86, inciso 1°) ...acuerdan fundamento suficiente al contralor administrativo que corresponde ejercer a la Administración Central sobre las entidades autárquicas en general...La falta de ese contralor las convertiría en entidades independientes, desnaturalizando el régimen jurídico que les es propio*” (cfr. considerando 5°); en igual sentido, in re “*Jurío*”, Fallos 316 : 1723, en especial, considerando 7)

<sup>128</sup> En este sentido, ver MAIRAL, Héctor A.; “*La ideología del servicio público*”, en *Revista de Derecho Administrativo* n° 14, Septiembre-Diciembre 1993, pág. 419.

que le confiere legitimidad democrática a la Administración Pública. Lo dicho es relevante si la regulación tiende a cobrar un cariz redistributivo en lugar de perseguir, exclusivamente, la eficiencia económica. Frente a un mayor cariz redistributivo será exigible un mayor control por parte del Jefe de la Administración.

De esta forma, la pretensión de admitir que el legislador pueda restringir o eliminar la procedencia del recurso de alzada en materia regulatoria<sup>129</sup> resulta, cuando menos, cuestionable desde el punto de vista constitucional<sup>130</sup>. La concurrencia que es admisible en orden a la creación de tales entes no habilita al legislador a invadir competencias privativas del Ejecutivo como lo sería el control por vía de alzada<sup>131</sup>.

En esta línea, CASSAGNE recientemente ha sostenido que por tales motivos, el Congreso no podría cercenarle al Ejecutivo sus atribuciones constitucionales ya sea recortando sus facultades reglamentarias y de control de tutela o bien, creando entidades administrativas que dependan del Parlamento; ello, aún cuando –paralelamente– admite que el control debe limitarse a la legalidad exclusivamente<sup>132</sup>.

Sobre el particular, debemos señalar que en jurisprudencia se ha considerado que la previsión legislativa de un recurso judicial directo contra decisiones de una entidad autárquica no puede, constitucionalmente, vedar la procedencia del recurso de alzada puesto que ello importaría invadir la Zona de Reserva de la Administración<sup>133</sup>. Esta jurisprudencia permitiría desvirtuar cualquier interpretación en contrario que pretendiese fundar una solución distinta en la circunstancia que, si el particular tiene establecida una vía específica de impugnación judicial no puede recurrir a otras diferentes<sup>134</sup>.

Del panorama expuesto surge que, en rigor, la circunstancia que el ente hubiese sido creado por ley poca relevancia tendría frente a la pretensión de independencia ante la Administración Central, puesto que no quedaría excluido del contralor del Ejecutivo<sup>135</sup>. Por otra parte, las limitaciones impuestas por la jurisprudencia de la Corte Suprema a la posibilidad que el legislador restinja la facultad de remoción que la Constitución le reconoce al Ejecutivo respecto a los demás funcionarios de su rama<sup>136</sup>, también impiden asimilar creación por ley e independencia. De hecho, esto es lo que ocurre con el ENRE y con el ENARGAS –entes creados por ley– respecto a los cuales no puede predicarse –desde el punto de vista de su realidad normativa– independencia alguna frente al Ejecutivo. De poco sirve –para la pretensión de independencia– crear entes por ley si, a pesar de ello, como bien se ha dicho, el Presidente puede remover discrecionalmente a sus directores o controlar sus actos por motivos de oportunidad, mérito y conveniencia. Así, la creación por ley no garantiza en nuestro régimen constitucional la independencia del regulador<sup>137</sup>.

No obstante, en lo que hace al compromiso regulatorio, la creación por ley del ente no deja de tener algunas ventajas frente a la creación por decreto, tal como lo demuestra, por ejemplo, el caso del ENRE y ENARGAS frente al desempeño de otros entes creados por vía reglamentaria.

<sup>129</sup> En este sentido, además de la postura de GORDILLO ya citada, ver, por ejemplo, BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 256; TAWIL, Guido S., "A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores", en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, ed. Abeledo Perrot, Bs.As; 1998, Pág. 1358 y sigs; idem "Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria", op. cit; Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000 y "A propósito del Proyecto de Ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas", en Revista Régimen de la Administración Pública, No. 252, Septiembre de 1999; CANOSA, Armando, "El recurso de alzada y la nueva administración", op. cit; en A.A.V.V; *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-1993*, op. cit, y *Los Recursos Administrativos*, op.cit; pág. 224 y sigs; SEIJAS, Gabriela, "Los Entes Reguladores y la extensión del Recurso de Alzada", en Revista de Derecho Administrativo, n° 27/29, pág. 484; entre otros. En jurisprudencia, ver Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala II, in re "Obras Sanitarias de Mendoza S.A. v. Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad", del 10 de mayo de 2001.

<sup>130</sup> En este sentido, cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op. cit; págs. 235/236.

<sup>131</sup> Tal como, paralelamente, la concurrencia de facultades no habilitaría al Presidente a dotar de fondos presupuestarios al ente sin respaldo en ley previa.

<sup>132</sup> Así, CASSAGNE, Juan Carlos, "Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", op. cit; L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág. 4

<sup>133</sup> CNFed. Cont. Adm, Sala I, in re "Gramajo, Raúl Ambrosio v. ISSB –Resol.114/96 s/ empleo público", fallo del 8/10/98, en especial, considerando 8). Asimismo, dicha Sala hizo referencia a esa doctrina en in re "Edenor S.A. v.Resolución ENRE 982/97", del 27/10/98.

<sup>134</sup> Doctrina de Fallos 295 : 994; Fallos 310: 2336 y Fallos 312 : 1724, entre otros. En el caso "Moyano", Fallos 8 : 393, la Corte había negado que la existencia de un recurso judicial directo afectase la Jefatura Administrativa. Sobre la base de esta jurisprudencia se ha admitido la exclusión del recurso de alzada, cfr. CNFed. Cont. Adm; Sala I, in re "Gas Natural Bar", del 2/9/97 y Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 228 : 138 y sus citas.

<sup>135</sup> En este sentido, se ha dicho que la posibilidad del control por vía de alzada priva de independencia al ente regulador, cfr.SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, op. cit; pág.411

<sup>136</sup> Así, Fallos 314 : 1091, con las modulaciones impuestas en Fallos 320 : 2509 y Fallos 321 : 1970, respectivamente

<sup>137</sup> Así, BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 236.

Una primer ventaja radicaría en que le daría al ente una mayor legitimidad política<sup>138</sup> al haber sido necesario el consenso parlamentario para disponer su creación<sup>139</sup>.

Una segunda ventaja radicaría en que se le otorgaría al ente una mayor estabilidad en su existencia frente al caso de entes creados por decreto<sup>140</sup>, donde bastaría otro decreto para disolverlo y, por lo tanto, aún cuando se hubiese otorgado estabilidad a sus directivos, la supresión de la existencia del ente la tornaría vacía de contenido<sup>141</sup>. La relativa facilidad del Ejecutivo para alterar el marco regulatorio genera situaciones para el oportunismo político que deben ser evitadas<sup>142</sup>.

Asimismo, debe señalarse que BIANCHI extrae dos consecuencias diferenciales de la creación por ley frente a la creación por reglamento: (i) la posibilidad de delegarles facultades legislativas y (ii) la posibilidad de eliminar el recurso de alzada. Por nuestra parte, nos parece que la posibilidad de delegarles facultades legislativas, en realidad, no se vincula necesariamente con el acto de creación del ente sino con la norma delegante y con el proceso de delegación mismo, el que puede tener lugar una vez creado el ente por vía reglamentaria<sup>143</sup>. En lo relativo a la posibilidad de suprimir la alzada, las consideraciones expuestas sobre el particular en forma precedente nos generan serias dudas sobre esta "ventaja".

## D) Las cuestiones técnicas.

En atención a la prácticamente nula autonomía o independencia que el ordenamiento jurídico es susceptible de reconocer a los entes reguladores –sean creados por ley o por decreto, tal como vimos– y en un intento por lograr algún grado de limitación en el control de los entes por parte de la Administración Central, el Alto Organismo Asesor ha sostenido que no procede el control por vía de alzada de los actos de entes reguladores dictados en ejercicio de competencias que le han sido encomendadas exclusivamente en función de su idoneidad técnica, cuyo objeto fuese técnico y el recurrente impugnase únicamente ese objeto, salvo arbitrariedad<sup>144</sup>.

Como bien se ha señalado, es difícil separar las cuestiones técnicas de las referidas a la legalidad. Demostrado el error técnico de un acto, él es ilegítimo y entonces podría ser revocado por el recurso de alzada<sup>145</sup>. En todos los casos, el enjuiciamiento de los hechos de acuerdo al contenido u objeto de la norma –técnica– que debe aplicarse, se trata de una operación jurídica que introduce a los hechos dentro del mundo de la conducta debida, y por lo tanto, sujeta al control de legalidad, tal como lo sostuvo FIORINI años atrás<sup>146</sup>. Esta última circunstancia nos lleva a señalar que no puede considerarse *per se* a la técnica como configurativa de una cuestión que no pueda ser susceptible de un control de legalidad en la medida en que las reglas técnicas o científicas se subsumen en el ordenamiento jurídico por remisión expresa o implícita de éste a aquellas<sup>147</sup>.

Así, en rigor técnico-jurídico, esta doctrina antes que orientarse a vedar el control de mérito lo está haciendo respecto al control de legalidad<sup>148</sup>, lo que resulta de difícil comprensión si lo que se pretende es neutralizar políticamente al ente regulador. No obstante, si asumimos que es por medio del empleo de la

<sup>138</sup> Cfr. OSZLAK, Oscar, "La capacidad de regulación estatal", op. cit; en Enoikos Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, pág.10

<sup>139</sup> Como se ha señalado, la creación por ley o por decreto obedeció a la posibilidad política, en cada caso, de lograr el apoyo parlamentario; cfr. URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, "La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones", op.cit; Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág. 8

<sup>140</sup> Cfr. OSZLAK, Oscar, "La capacidad de regulación estatal", op. cit; en Enoikos Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, pág. 10

<sup>141</sup> Tal lo ocurrido en el caso "Bendimir, Jorge Pablo v. Estado Nacional-M de Economía s/ proceso de conocimiento", fallo del 3/7/2001, resuelto por la CNFed. Cont. Adm. Sala IV; en donde el decreto de creación de la ex Comisión Nacional de Transporte Automotor (CONTA) había otorgado a sus directivos una estabilidad de 6 años en sus cargos. Disuelta por el Ejecutivo dicha entidad, el actor vió privada de contenido su estabilidad. La Cámara consideró que desaparecido el ente desaparecía el derecho a la estabilidad y, por lo tanto, no era posible que el actor continuase siendo director en la CNRT, organismo que sucedió a la ex CONTA.

<sup>142</sup> SPILLER, Pablo T; "El por qué de la regulación de los servicios públicos con implicancias para la Argentina", op. cit; en Fundación Gobierno y Sociedad; Cuaderno 2, Diciembre 1998, pág.10

<sup>143</sup> Ello, amén que debería determinarse, con precisión, si a la luz del artículo 76 de la Constitución Nacional puede mediar una delegación legislativa directa a favor de los entes.

<sup>144</sup> Dictámenes 227 : 119; Dictámenes 228: 114; 239 : 115, entre otros.

<sup>145</sup> SEIJAS, Gabriela, "Los Entes Reguladores y la extensión del Recurso de Alzada", op. cit; en Revista de Derecho Administrativo, n° 27 / 29, pág. 481 con cita de HUTCHINSON.

<sup>146</sup> FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Vol. I, 2ª edición actualizada, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1976, pag. 415.

<sup>147</sup> En este sentido, SESIN, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial*, Bs. As., 1994, pag. 244. Con acierto decía FIORINI: «Este juicio técnico no podrá imponerse excluyéndose las circunstancias y las normas que reglan el caso. Lo técnico no implícita que debe considerarse inoperante el orden jurídico, que la juridicidad y la legalidad de la Administración deben desaparecer»; *Derecho Administrativo*, op. y Vol. cit., pag. 275

<sup>148</sup> Sobre la no diferenciación entre legalidad y mérito, ver la posición de SOTO KLOSS, Eduardo, "El Control de mérito de los actos administrativos", en L.L. Córdoba 1989, pág. 1020 y sigs.

técnica como los reguladores ejecutan las políticas regulatorias lo cierto es que la limitación parecería contradecir el principio constitucional del control amplio ya mencionado. Por otra parte, cabe preguntarse si –en forma análoga a lo que ocurre en materia de limitación a la avocación en casos de desconcentración- dicha restricción puede ser válidamente pregonada respecto del Presidente<sup>149</sup>.

De todas maneras, en la medida en que (i) la discrecionalidad regulatoria quede acotada ya sea por las normas de alcance general que el ente deberá aplicar o por el empleo mismo de la “técnica” y, (ii) la “técnica” no encubra la creación de políticas redistributivas por parte del regulador, lo cierto es que la restricción al control de la Administración Central adquiriría mayor andamiaje constitucional.

## E) Las restricciones al funcionamiento de los entes derivadas de los límites formales externos de actuación.

En primer lugar, tal como lo hemos dicho en otra oportunidad<sup>150</sup>, cabe señalar que conforme al artículo 42 de la Constitución Nacional las funciones del órgano de control y los lineamientos políticos generales de la industria necesariamente deberán estar prefijadas por el respectivo marco regulatorio, el que deberá ser sancionado por un órgano con clara legitimación política (vgr. Poder Legislativo o Poder Ejecutivo). De esta forma, las facultades del ente regulador necesariamente se tendrán que ejercer dentro del *marco regulatorio*, el que –por necesaria implicancia- limita las opciones regulatorias que pudiese adoptar el ente en el ejercicio de las funciones atribuidas. En esta línea de ideas, cobra relevancia lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto al ETOSS, al señalar –categóricamente- que dicho ente no podía actuar más allá de lo habilitado por el marco regulatorio ni desvirtuar el *sentido* del régimen tarifario mediante obligaciones no previstas en él<sup>151</sup>.

En segundo lugar, cabe señalar que la realidad normativa demuestra –como lo ha señalado con acierto SALOMONI- que en el orden argentino –a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado- los entes reguladores no ejercen funciones reglamentarias en exclusividad sino que, por lo contrario, las comparten en forma concurrente con el Poder Ejecutivo Nacional<sup>152</sup>. Ante esta situación cabe tener presente que recientemente CASSAGNE ha sostenido que “*si conforme la Constitución Nacional el Ejecutivo es el órgano encargado de reglamentar las leyes que contienen los llamados marcos regulatorios, es evidente que una facultad similar le está vedada otorgar al Congreso a los entes de control, no sólo por la anarquía normativa que se produciría sino por que el poder reglamentario la Constitución Nacional lo ha atribuido en exclusiva al Poder Ejecutivo (art. 99, inciso 2, Constitución Nacional)*”<sup>153</sup>. Así, desde esta perspectiva –y sin necesidad de adentrarse al espinoso tema de la admisibilidad de la delegación legislativa en los entes reguladores<sup>154</sup> - se pone en tela de juicio la viabilidad de una de las principales facultades que la teoría de la regulación y el derecho comparado han depositado en los reguladores. De esta manera, los entes reguladores se converti-

<sup>149</sup> Sobre el particular, ver los planteamientos en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, op. y vol. Cits; pág.165 y MAURI, Eduardo, “*Avocación Presidencial y Entidades Autárquicas*”, en *Revista de Derecho Administrativo* No. 33/35, enero-diciembre 2000, págs.485 y sigs.

<sup>150</sup> En “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, op.cit;pág. 457 y sigs.

<sup>151</sup> Cfr. in re “*Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional –PEN-M□ de Eco. Obras y Serv. Públ.- y otros s/ amparo ley 16.986*”, causas D.1084. XXXII, D.1032. XXXII y D. 1040.XXXII, considerandos n□ 21). En el caso, al haber el Poder Ejecutivo delimitado el sistema, principios y régimen tarifarios –opción que implica el ejercicio de una facultad de apreciación política, máxime si dicho sistema importa perseguir políticas sociales- es claro que el ente no podía desvirtuar el *sentido* de dicho régimen, tal como lo señaló la Corte Suprema. En este sentido, nótese que lo que el Alto Tribunal fulmina, no es ya regular en contraposición a lo expresamente normado en el marco regulatorio, sino el haber desvirtuado el *sentido* del referido régimen. Este precedente, reviste fundamental importancia en orden a la precisión de los límites de las facultades de los entes reguladores, tal como lo ha señalado la doctrina, así, vid MONTI, Laura Mercedes, “*Facultades reglamentarias de los entes de control*”, desgravación de la ponencia expuesta por la autora en A.A.V.V., “*La Transformación Regulatoria. La Seguridad Jurídica y los contratos de gas*”, organizado por la Asociación de Abogados de la Industria del Gas (ADAIG), el 27 de septiembre de 2.000, recopilación de ARGIA, Bs. As., 2.001, pág. 15. Sobre la delimitación de las facultades de los entes por los marcos regulatorios, ver PRITZ, Osvaldo A.F., “*La Reforma Constitucional y los Servicios Públicos*” en SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. y otros, *La Reforma Constitucional Interpretada*, op. cit; pág. 230.

<sup>152</sup> SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, op. cit; pág. 411.

<sup>153</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*”, L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág.4

<sup>154</sup> Sobre el particular, ver CASSAGNE, Juan Carlos, “*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*”, op. cit; L.L. revista del 27 de febrero de 2002,pág. 4 y del mismo autor, *Derecho Administrativo*, op. y vol.cits; págs.379 y sigs; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, op.cit; pag. 137 y sigs; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, op. cit; XV-8; BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. cits; pag. 239 y sigs,

rían en meros “*organismos de control*” que sólo se limitarían a aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas regulatorias dictadas por la Administración Central<sup>155</sup>.

En tercer lugar, e íntimamente vinculado con lo anterior, señalamos que en el concreto ejercicio de sus funciones, el ente no podrá avanzar –alterándolos– sobre aspectos que han sido objeto de acuerdo en el contrato de concesión celebrado entre el Poder Ejecutivo (Autoridad Concedente) y el concesionario. En este sentido, una vez más reiteramos nuestra adhesión a la corriente doctrinaria<sup>156</sup> y jurisprudencial<sup>157</sup> que propugna la necesidad de distinguir entre el papel atribuido al ente regulador y el que le corresponde al Estado concedente, puesto que el primero de ellos, al no ser parte del contrato, carece de facultades para pronunciarse o regular sobre lo acordado entre el órgano concedente –de neta naturaleza política– y el concesionario<sup>158</sup>. Adicionalmente, téngase en cuenta que, sin perjuicio del carácter contractual que reviste la concesión de servicio público<sup>159</sup>, muchas de sus disposiciones –las denominadas en el derecho francés como *cláusulas reglamentarias*<sup>160</sup>– configuran un verdadero marco regulatorio del servicio, establecido en función de criterios de índole política económica y social, y ajenos a la competencia propia del ente regulador<sup>161</sup>.

Tal como lo señalamos en otro lugar, sin dudas, el régimen regulatorio vernáculo crea verdaderos problemas institucionales al haber pretendido hacer convivir a un instituto como lo es el *ente regulador*, propio de regímenes donde la habilitación no es de naturaleza contractual, con otro sistema como lo es el del *contrato administrativo de concesión*, en el cual la noción de *ente regulador* carece de tradición y hasta de sentido puesto que los poderes del concedente parecerían ser suficientes para asegurar el régimen de prestación<sup>162</sup>.

<sup>155</sup> Así, CASSAGNE, Juan Carlos, “*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*”, op. cit; L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág. 4 quien sostiene que se impone la separación de la función regulatoria de las que lleven a cabo los entes de control. En similar sentido, TAWIL, Guido S.; “*A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores*”, op. cit; en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, op. Cit; pág. 1358 y *Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*, Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000. Para una postura contraria a convertir a los entes reguladores en organismos de control, ver MATA, Ismael, “*Una visión sesgada de la regulación*”, *Revista de Administración Pública*, n° 259, enero de 2.000, págs. 101 y sigs. y “*Panorama del control sobre los entes reguladores*”, op. cit, pág.1, idem NALLAR, Daniel H., *El Estado Regulador y el Nuevo Mercado del Servicio Público. Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*, ed. Depalma, Bs. As; 1999, págs. 116 y sigs.

<sup>156</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, CASSAGNE, Juan Carlos, “*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*”, L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág.4; del mismo autor, “*Presente y futuro de la regulación económica*”, en L.L. 1996-C- 1133; MAIRAL, Héctor A.; “*La ideología del servicio público*”, en Revista de Derecho Administrativo n° 14, Septiembre-Diciembre 1993, pág. 419; TAWIL, Guido S.; “*A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores*”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, op. Cit; pág. 1358; FANELLI EVANS, Guillermo, “*La reforma de la Constitución Nacional y los entes reguladores (La posición jurídica del usuario. Las audiencias públicas)*”, L.L. Revista del 9 de marzo de 1995 y ROSSI, Alejandro, “*El diseño de pliegos para el concesionario del servicio de agua potable y saneamiento en Argentina*”, en Revista Régimen de la Administración Pública, Diciembre de 1999, n° 255, pág.94. Como ya lo hemos visto, GORDILLO extrae de esta situación el axioma que dice que “*quien concede no debe controlar*”, cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, op. cit; XV-3

<sup>157</sup> Esta distinción de roles ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Litoral Gas S.A. v. Enargas –resol. 29/94*”, causa L. 25. XXXIII, del 16/4/98, en especial, considerando n° 7).

<sup>158</sup> Estas consideraciones son válidas, por ejemplo, para interpretar el marco y el límite de la delegación efectuada a favor del ENRE de las facultades y responsabilidades de autoridad de aplicación y/o de control de los compromisos asumidos en la documentación licitatoria por los generadores, distribuidores y transportistas de energía eléctrica ante el Poder Ejecutivo Nacional. En este sentido, téngase en cuenta, que expresamente se ha señalado que dicha delegación de facultades no comprende las facultades y atribuciones que corresponden al Poder Concedente en cuanto tal; cfr. Decretos 570/96 y 858/98, respectivamente. Análogamente, en Francia, la recientemente creada Comisión Reguladora del Gas y de la Electricidad carece de competencias respecto a la adjudicación y modificación de licencias de operación, las que le corresponden al Ministro de Energía, cfr. DU PUY-MONTBRUN, Guillaume & MARTOR, Boris, “*French Electricity and Gas Regulatory Commission*”, en Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol. 19, Number 2, 2001, pág. 183, en especial, nota pie de página 54.

<sup>159</sup> Circunstancia ésta que, en nuestro derecho, no puede ser negada, al respecto vid CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As.; 1.999, pág. 130, donde califica a la concesión de servicio público como el “*paradigma contractual*”.

<sup>160</sup> En el derecho francés, se ha entendido que las mismas son aquellas que, establecidas en el instrumento contractual o en el pliego de condiciones, se refieren a la organización y al funcionamiento del servicio en relación a los usuarios. Su sentido, puede advertirse en el peculiar régimen contencioso administrativo francés puesto que, al dotar a tales cláusulas de naturaleza reglamentaria, permite a los usuarios demandar su nulidad o la nulidad de actos del concesionario que no se adecuen a las mismas, en ambos casos por la vía del recurso por exceso de poder, cfr. GUGLIELMI, Gilles & KOUBI, Geneviève, *Droit du Service Public*, Montchrestien, Paris, 2.000, págs. 349/350. Sobre el particular, ver nuestras referencias en “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, op.cit;pág. 457 y sigs.

<sup>161</sup> En este sentido, la categórica afirmación de TAWIL, Guido S.; “*A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores*”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, op. y pág. cit.

<sup>162</sup> Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar, “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, op.cit;pág. 457 y sigs. SPILLER ha establecido, como modelos diferentes de regulación de servicios públicos a la técnica contractual y a la de marco y agencia reguladores; cfr. “*Compromiso Regulador y Privatización de Servicios Públicos- Implicancias para futuras investigaciones comparadas*”, op. cit; en SAIEGH, Sebastián y TOMMASI, Mariano (Compiladores), *La Nueva Economía Política. Racionalidad e Instituciones*, op. cit;pág. 256 y sigs.

De esta forma, los actos de mera fiscalización convencional que pudiesen dictar los entes reguladores y que se vinculen con la relación meramente convencional y no surtan efectos hacia terceros<sup>163</sup>, al no ser, propiamente, actos regulatorios, son plenamente revisables por vía de alzada por parte de la Administración Central Concedente y, por ende, no están sujetos a la limitación que, para los actos exclusivamente regulatorios, ha impuesto la ya analizada jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>164</sup>.

#### IV. ALGUNAS CUESTIONES RESPECTO DEL CONTROL DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES.

Si bien el tema lo hemos desarrollado con amplitud en otras publicaciones anteriores<sup>165</sup>, conviene formular en el presente algunas precisiones.

En primer lugar, que al no configurarse los entes regulatorios como tribunales administrativos, no puede fundarse en esta circunstancia su pretendida autonomía o independencia frente a la Administración Central<sup>166</sup>.

En este sentido, es dable advertir que si bien es difícil determinar en qué consiste un *tribunal administrativo* en atención a la ausencia de regulación legal sobre el particular<sup>167</sup>, sí parecería posible conceptualizarlo como un órgano administrativo que, dotados de especialización y cierta descentralización y autonomía funcional, ejerce, *exclusivamente*, funciones materialmente *jurisdiccionales*. En este sentido, *tribunales administrativos* serían organismos que, salvo por que integran la organización administrativa, si se los transfiriese a la órbita judicial en nada cambiaría la labor que diariamente realizan. Esto lo vemos claramente en *tribunales administrativos* tales como el Tribunal Fiscal de la Nación, el Tribunal Administrativo de la Navegación y los tribunales de faltas; en otros términos, se trata de organismos que realizan tareas que en el orden normal de las instituciones las realizan los jueces<sup>168</sup>, es decir, se limitan a resolver controversias en forma exclusiva y, por lo tanto, no ejercen otras funciones estatales<sup>169</sup>.

En el campo doctrinario, se le ha negado carácter de tribunales administrativos a los entes reguladores, sobre la base de sostener –entre otras razones– que no se da en éstos la separación entre órganos o funciones de la Administración activa y de la función *jurisdiccional*<sup>170</sup>. La principal garantía institucional que es exigible para asegurar la *neutralidad* del órgano que tiene a su cargo el ejercicio de funciones jurisdiccionales, cual es la referida a su separación respecto de los órganos que desempeñan las funciones de administración activa<sup>171</sup>, se encuentra completamente ausente en el caso de los entes reguladores; los que, por tal motivo y

<sup>163</sup> Como ha señalado MAIRAL, el regulador aplica un marco regulatorio *exterior* al servicio y no potestades internas de dirección y control, cfr. MAIRAL, Héctor A.; “*La ideología del servicio público*”, en Revista de Derecho Administrativo n° 14, op. cit; pág. 419

<sup>164</sup> En este sentido, AGUILAR VALDEZ, Oscar, “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. cit; en A.A.V.V.; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, op. cit; pág. 461

<sup>165</sup> En AGUILAR VALDEZ, Oscar, “*Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación*”, en A.A.V.V. *II Jornadas Internacionales sobre Servicios Públicos*, op. cit; y en “*Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración –con especial referencia al ente regulador del gas y de la energía eléctrica*”, en *Anuario de Derecho I*, Universidad Austral, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, pág. 186 y sigs.

<sup>166</sup> Sobre el particular, ver HUICI, Héctor María, “*La potestad jurisdiccional en el control administrativo de los servicios públicos*”, L.L. 1996-B-981, en especial, pág. 990. Asimismo, MUÑOZ ha negado que pueda fundarse la independencia de los entes sobre la base de ejercer funciones jurisdiccionales, cfr. MUÑOZ, Guillermo A.; “*Los Entes Reguladores como instrumentos de control de los servicios públicos*”, en Actualidad en el Derecho Público n° 14, Septiembre-Diciembre de 2.000, pág. 71 y sig.

<sup>167</sup> BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. cit; pág. 317.

<sup>168</sup> Sobre el particular, vid GUASTAVINO, Elías P.; *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, Tomo I, 2° ed. Actualizada, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II –Obras– Número 21, Bs. As., 1989, pág. 42. En todo caso, son tribunales que responden a una razón de especialidad en la materia, lo que no obstaría a que conservasen dicha especialización si son transferidos a sede judicial.

<sup>169</sup> En esta línea de ideas, LINARES ha sostenido que la actividad jurisdiccional puede ser ejercida tanto por órganos que habitualmente ejercen una administración activa como por órganos no judiciales que integran la Administración –sin administración activa– llamados “*tribunales*”, entre los que ubica al Tribunal de Faltas, al Tribunal Administrativo de la Navegación y al Tribunal Fiscal de la Nación, cfr. LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, ed. Astrea, Bs. As; 1986, pág. 387. Asimismo, MAIRAL ha distinguido a entre los “*tribunales administrativos*” –entre los que incluye a los así individualizados por nosotros– y a otros organismos administrativos en los que “*se reúnen en un mismo órgano las tres funciones cuya separación constituye uno de los principios cardinales de nuestra Constitución*”, conf. MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Tomo I, ed. Depalma, Bs. As; 1984; págs. 438 y sigs. Por nuestra parte, podemos agregar que el *leading case* sobre funciones jurisdiccionales de la Administración, in re “*Fernández Arias*”, Fallos 247: 646, versaba, precisamente, respecto a un tribunal administrativo que exclusivamente ejercía funciones de índole jurisdiccional.

<sup>170</sup> Cfr. MUÑOZ, Guillermo A.; “*Los Entes Reguladores como instrumentos de control de los servicios públicos*”, en Actualidad en el Derecho Público n° 14, Septiembre-Diciembre de 2.000, pág. 72. Sobre esta cuestión, vid USLENGHI, Alejandro, “*El control de los servicios públicos de gestión privada*”, en URRITIGOITY, Javier (Coordinador), *Estudios de Derecho Administrativo II*, Instituto de Estudios Administrativos, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000; pág. 168 y sigs.

<sup>171</sup> Cfr. BOSCH, Jorge Tristán, ¿*Tribunales judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, ed. Víctor P. De Zavallía, Bs. As., 1951, págs. 72 y sigs. Cabe señalar que BONNARD sostenía que si bien no toda distinción material supone una

aún cuando ejerzan facultades materialmente jurisdiccionales, no pueden ser caracterizados como verdaderos “*tribunales administrativos*”.

Asimismo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de sostener respecto al ENARGAS, que las garantías formales de *independencia* y *neutralidad* previstas para su actuación en la Ley 24.076 sobre designación y remoción de directores, no alcanzan para categorizarlo como *tribunal administrativo*<sup>172</sup>.

Como se puede observar, para el Alto Tribunal -que adoptó el criterio oportunamente señalado en doctrina por COMADIRA<sup>173</sup>- resultó determinante, para negarle al ente tal carácter, tanto su falta de *independencia* del poder político como su ausencia de *neutralidad*.

En segundo lugar, admitiendo que los referidos entes no son *tribunales administrativos* dotados de funciones jurisdiccionales en forma exclusiva, entendemos que nada habilita a distinguir -en orden al control administrativo- a este tipo de actos de aquellos otros de incontrovertida naturaleza administrativa.

En esta línea de ideas, CELORRIO ha señalado que aún cuando quedase excluida la potestad de mando del superior no lo quedaría la de *fiscalización* -con las notas de una jerarquía atenuada-<sup>174</sup>.

Por otra parte, en aquellos casos donde la vía recursiva ante la Administración Central no está expresamente excluida<sup>175</sup> o está prevista la procedencia del recurso de alzada<sup>176</sup>, no parece que resulte aplicable a dicha revisión administrativa la limitación contenida en el artículo 99 del Decreto 1759/72 (t.o. 1991). Ello así, puesto que como lo señala la autorizada opinión de TAWIL<sup>177</sup> - (i) la previsión del *recurso de alzada* -vía impugnativa establecida para cuestionar actividad administrativa y no jurisdiccional- excluye la posibilidad de considerar a dicha actividad como jurisdiccional, (ii) el órgano de la Administración Central que tiene a su cargo la resolución de la vía recursiva antes mencionada -vgr. Secretaría de Energía en el caso de la energía eléctrica- no es un *órgano con facultades jurisdiccionales* tal como el que contempla el artículo 99 del reglamento de la Ley 19.549; motivo por el cual, la limitación al contralor allí establecida no resultaría de aplicación a casos como los comentados<sup>178</sup>.

Debe tenerse presente que, aún cuando se entienda que el control de la Administración Central debe ser limitado a los supuestos previstos en el artículo 99 del Decreto 1759/72 (t.o. 1991)<sup>179</sup>, lo cierto es que el órgano de tutela estaría habilitado para, en casos excepcionales, modificar y hasta sustituir el contenido del acto impugnado. Al respecto, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 97 in fine del Decreto 1759/72 (t.o. 1991) que, al resolverse un recurso de alzada, habilita a modificar y sustituir el acto si “*fundadas razones de interés público lo justificaren*”. Por otra parte, si bien no es la norma general, existen supuestos -especialmente, en materia eléctrica- en los que la Administración Central ha modificado -integrando con argumentos propios los fundamentos del ENRE- y sustituido el acto jurisdiccional<sup>180</sup>.

distinción orgánica, toda distinción orgánica supone una diferenciación material, cfr. BONNARD, Roger, *Le Controle Jurisdictionnel de l'Administration. Etude de Droit Administratif Comparé*, Librairie Delagrave, Paris, 1934, pág. 10. Por su parte, STASSINOPOULOS sostiene que la mutación de la función administrativa en función jurisdiccional tiene lugar en el momento en que el tribunal no encuentra vínculo alguno con los órganos de donde emanan los actos que deben controlar, cfr. STASSINOPOULOS, Michel, *Traité des Actes Administratifs*, Librairie du Recueil Sirey, 1954; pág. 48

<sup>172</sup> Así, en el caso “*Litoral Gas S.A. v. Enargas -resol. 29/94*”, causa L. 25. XXXIII, del 16/4/98, considerando n.º 6)

<sup>173</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op. cit; pág. 248, donde sostuvo que: “...estimo que las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para la actuación de los entes, no alcanzan para categorizarlos como tribunales administrativos”. HUICI, hace ya varios años, señaló que los entes reguladores, a diferencia de los tribunales administrativos -en el caso, lo ejemplificó con el Tribunal Fiscal de la Nación-, no se limitan a ejercer exclusivamente funciones jurisdiccionales, lo que repercutía en las garantías de remoción de sus miembros, conf. HUICI, Héctor María, “*La potestad jurisdiccional en el control administrativo de los servicios públicos*”, L.L. 1996-B-981, en especial, pág. 990 y nota 32.

<sup>174</sup> cfr. CELORRIO, Atanasio Hernán, “*Recursos contra el Acto de Naturaleza Jurisdiccional*”, en DÍEZ, Manuel M. y otros, *Acto y Procedimiento Administrativo*, ed. Plus Ultra, Bs. As., 1975, pág. 119 y sigs.

<sup>175</sup> Así, por ejemplo, en el orden nacional, el caso del ETOSS.

<sup>176</sup> Así, en el orden nacional, el caso del ENRE.

<sup>177</sup> Conf. TAWIL, Guido S.; “*A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores*”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, op. cit; págs. 1392 y sigs.

<sup>178</sup> En este sentido, ha señalado COMADIRA que, cuando los recursos judiciales o los administrativos ante organismos con facultades jurisdiccionales no están expresamente previstos, el artículo 99 del Decreto 1759/72 (t.o. 1991) autoriza a un control amplio del “*superior*” sobre el acto jurisdiccional, cfr. COMADIRA, Julio R.; *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”*, 2.º ed; ed Ciencias de la Administración, Bs. As.; 1998, pág. 255.

<sup>179</sup> Se ha señalado que la norma en cuestión traduce una relación jerárquica atenuada a su mínima expresión, cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I op. cit; pág. 96 con cita de CELORRIO, Atanasio Hernán, “*El recurso jerárquico en materia tributaria*”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, n.º 3, pág. 27 y sigs. Por su parte, COMADIRA ha sostenido que dicha norma importa “*una manifestación de la jerarquía en el ámbito específico de la función*”, cfr. COMADIRA, Julio R.; *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”*, op. cit, pág. 255.

<sup>180</sup> Así, por ejemplo, Resoluciones Secretaría de Energía nros. 241/95, 394/98 y 528/99, respectivamente. Asimismo, otro caso en el que medió una sustitución por parte de la alzada del acto que resolvía el conflicto regulatorio puede ser ejemplificado en la Resolución n.º 100/95 del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos que fue impugnada en el conocido caso “*Impsat*”.

Finalmente, y si el control de legalidad de los actos jurisdiccionales de parte del superior se fundamenta en la existencia de una relación de jerarquía atenuada frente al Poder Ejecutivo, lo cierto es que normas que prohibiesen la procedencia de dicho control –al estilo de lo que ocurre con el ENARGAS<sup>181</sup>– serían susceptibles de la tacha de inconstitucionalidad por invadir competencias propias de la Jefatura Administrativa<sup>182</sup>.

## V. COLOFÓN

Cuenta el *Justice* BREYER que, cierta vez, el célebre economista y regulador Alfred KAHN le advirtió: “*Nunca olvides que un sistema de regulación reemplaza el mercado por la decisión de un ser humano... No olvides lo que pasa cuando hay un regulador. En vez del mercado impersonal, despiadado, vas a tener una persona que responderá en forma natural. Entonces ten cuidado de tus buenas intenciones*”.<sup>183</sup>

El control de los entes reguladores de servicios públicos trata sobre lo que KAHN le enseñó al Juez BREYER: controlar las *buenas intenciones* del regulador.

Según hemos podido observar, múltiples son las razones y motivos que, desde el punto de vista institucional, llevan a propiciar la independencia de los reguladores respecto del poder político, o, cuando menos, de las autoridades ejecutivas. No obstante, en otros sistemas jurídicos, esa pretensión sólo fue lograda parcialmente y con grandes cuestionamientos. Razones jurídicas y políticas pesaron en esa suerte.

De allí que no deba extrañarnos que, en nuestro país, resulte sumamente difícil encontrar un fuerte andamiaje constitucional a instituciones originadas en otros sistemas jurídicos y políticos. Lo cierto es que las limitaciones institucionales vernáculas comprometen, seriamente, esa aspiración.

De todas formas, como se ha señalado que las buenas ideas germinan siempre en otros sistemas y como nadie duda de la conveniencia de que el ente encargado de aplicar y controlar la regulación sea, al menos, independiente del Ejecutivo<sup>184</sup>, corresponde admitir que no se trata de buscar una independencia absoluta –cuya bondad, desde el punto de vista de la legitimidad política sería, cuando menos, discutible– sino de hacerlo respecto a la máxima que nuestro sistema institucional admita.

Es la *independencia funcional*, fincada, básicamente, en las garantías que rodeen la elección, funcionamiento y remoción de los órganos directivos<sup>185</sup>, junto a una gran especialización técnica de éstos lo que permitirá recorrer ese camino. Lo cierto es que, cuanto más se aleje la regulación de aspectos redistributivos, más fácil será lograr esa autonomía funcional sin comprometer la legitimidad democrática de las políticas públicas.

Pero de nada servirá un sistema normativo con vocación de perfección si no se produce un cambio en la institucionalidad particular de cada uno de nosotros. Lamentablemente, bien lo enseñó NINO, anida en nuestra cultura una suerte de *anomia* que hace de nosotros un país al margen de la ley<sup>186</sup>. No podemos clamar, permanentemente, por normas que procuren independencia o un mayor control, para que cuando esas normas nos molestan, nos olvidemos de ellas.

<sup>181</sup> Admitiendo la improcedencia del recurso de alzada, ver CNFed. Cont. Adm; Sala I, in re “*Gas Natural Bari*”, del 2/9/97

<sup>182</sup> Así, CELORRIO, Atanasio Hernán, “*Recursos contra el Acto de Naturaleza Jurisdiccional*”, op.cit; en DÍEZ, Manuel M. y otros, *Acto y Procedimiento Administrativo*, op. cit; pág.118

<sup>183</sup> Cfr. BREYER, Stephen, “*De cómo y cuándo regular los servicios de utilidad pública*”, en Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Volumen 78, Otoño 2000, pág. 34

<sup>184</sup> Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*”, op. cit; L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág.4

<sup>185</sup> En este sentido, los fallos de la Corte Suprema en los casos “*Solá*”, Fallos 320 : 2509 y “*Cedale*”, Fallos 321 : 1970, pueden servir como buen fundamento para estos fines.

<sup>186</sup> NINO, Carlos S; *Un país al margen de la ley*, ed. Emecé, Bs. As, 1992.