

Los entes reguladores de servicios públicos (La Experiencia de Argentina)

SUMARIO: I. REFORMA DEL ESTADO Y REGULACIÓN. II. LA FUNCIÓN DE LOS ENTES REGULADORES. A) BASES DE LA REGULACIÓN. B) CLASES DE REGULACIÓN. C) LOS COMPONENTES DE LA FUNCIÓN REGULADORA. III. LA ORGANIZACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES. IV. LOS ACTOS DE LOS ENTES REGULADORES Y LAS MODALIDADES DEL CONTROL. A) CONTROL ADMINISTRATIVO. 1) Actos de alcance general. 2) Actos de alcance particular. B) CONTROL JUDICIAL. 1) Actos sancionatorios. 2) Actos judiciales. 3) Actos de carácter técnico. 4) El control judicial después de la Ley 25344. V. REFLEXIÓN FINAL.

I. REFORMA DEL ESTADO Y REGULACIÓN

Como numerosos países, la Argentina ha optado en los últimos años por disminuir marcadamente la intervención del Estado en la actividad económica y adoptar políticas de privatización con el propósito de controlar la inflación, reducir el déficit fiscal, mejorar la gestión pública y procurar que los servicios prestados a la comunidad resulten más eficientes.

Junto con la reformulación del papel del Estado se ha puesto el acento en la regulación de los servicios públicos, siguiendo de cerca el modelo anglosajón, pudiéndose sostener que dichos servicios en la legislación de la reforma constituyen una modalidad de regulación o, dicho de otro modo, un régimen de carácter potestativo que disciplina su prestación, sea que ésta la realice la Administración o los particulares, a

través de tres instrumentos que son el ente regulador, la potestad tarifaria y el título habilitante.

En Argentina, los entes reguladores ingresan de modo orgánico al sistema jurídico como medio de la política de los servicios públicos, siendo ésta, a su vez, parte de un conjunto articulado de políticas que se llamó «Reforma del Estado» y fue puesto en vigencia por medio de la Ley 23696, de 1989¹. Tal conjunto se integró con políticas de descentralización, desregulación, regulación de servicios públicos, privatización y, a mi entender, una de carácter dominante, la de diferenciación de funciones, que, proyectada a los servicios públicos, distinguió entre los cometidos de planificación y establecimiento de políticas, otorgamiento de los títulos habilitantes, prestación de los servicios, regulación de los mismos y control público sobre los actores del sistema.

En cuanto a la primera de las funciones, está reservada al más alto nivel del Gobierno, es decir, a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y comprende la sanción de los marcos regulatorios de los distintos servicios, ya sea mediante leyes o decretos, abriéndose el debate después de la reforma constitucional de 1994 acerca de la viabilidad de su sanción por decreto frente al texto del art. 42 de la Constitución Nacional, que dispone: «La legislación establecerá... los marcos regulatorios de los servicios públicos ...».

Con respecto a la función de otorgar los títulos habilitantes para la prestación, corresponde distinguir, en primer lugar, entre la declaración de «sujeto a privatización» de los órganos o entes públicos que prestaban los servicios y la asignación del título; la primera, de acuerdo con la Ley 23696, está atribuida al Poder Ejecutivo con la aprobación del Congreso, sin perjuicio de que dicha Ley contiene una nómina de entes públicos sujetos a privatización (v. art. 9.º y Anexos I y II).

En segundo lugar, resulta menester diferenciar entre los títulos contractuales –v.gr., concesión, licencia– y no contractuales –autorización, permiso–, destacando que la Ley 24076 –Marco Regulatorio del Gas– prescribe que «el término “habilitación” comprenderá la concesión, la licencia y el permiso» (art. 4.º).

La distinción entre licencia y concesión ha suscitado opiniones encontradas en la doctrina argentina y, en tal sentido, desde mi punto de vista, el dato diferencial estriba en que a través de la primera se transfiere la titularidad de los activos, además de la operación del servicio,

¹ Cabe recordar que, en razón de la organización federal del Estado argentino, la referida Ley sólo tuvo vigencia en el ámbito nacional, ya que las provincias conservan su autonomía en la materia; no obstante, el modelo nacional fue seguido por ellas mediante leyes de adhesión o la sanción de normas propias. Sobre la reforma del Estado, ver Juan Carlos CASSAGNE, *La intervención administrativa*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 123-156.

mientras que en la concesión el concedente retiene dicha titularidad y sólo transfiere la operación².

Cabe señalar que, una vez perfeccionada la declaración de «sujeto a privatización», el legislador cesa su intervención y el Poder Ejecutivo confiere los títulos habilitantes, con el control de la Comisión Bicameral del Congreso, desarrollado por esta última a través de dictámenes no vinculantes (art. 14 Ley 23696). Por su parte, la responsabilidad del proceso de selección, preparatorio del contrato de prestación, está encomendada a la «autoridad de aplicación», que es el ministro en cuya jurisdicción se encuentra el ente a privatizar (art. 13 íd.)³.

En el régimen argentino, conferir el título habilitante incluye las atribuciones de cederlo, extinguirlo, prorrogarlo y renegociar sus términos, por lo general con el apoyo técnico de los entes reguladores⁴, y éstos, por su parte, tienen la competencia de controlar el cumplimiento por los prestadores de las obligaciones derivadas del título y de aprobar las tarifas durante la vigencia del mismo⁵.

Con respecto a la prestación de los servicios, en el ámbito nacional, después de la Reforma del Estado, la misma ha sido transferida a empresas privadas, mientras que en las provincias se advierte que las sociedades cooperativas conservan un papel relevante, subsisten algunas empresas públicas y los servicios más importantes —p.ej., distribución de electricidad o provisión de agua en las grandes ciudades— han pasado a manos de operadores privados.

Resulta importante destacar que en casi todos los casos, por aplicación de la política de diferenciación de roles, los prestadores, incluso los públicos, han quedado sujetos al control de las agencias reguladoras.

Por último, corresponde señalar que la función de control público dirigida a los actores del sistema comprende, en primer lugar, el control que ejercen los reguladores sobre los prestadores de servicios, tema que desarrollaré seguidamente, y, en segundo término, el que realizan los órganos especializados del sector público y que, naturalmente, alcanza también a los entes reguladores, como el control interno a cargo de la

² V. Ismael MATA, «Régimen de los bienes en la concesión de servicios públicos» en la obra *Contratos Administrativos*, Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pp. 291-298.

³ En algún caso, las atribuciones de la autoridad de aplicación fueron delegadas en la Secretaría del Sector, v.gr. en el proceso de privatización de los servicios de agua potable y saneamiento que prestaba la ex Obras Sanitarias de la Nación.

⁴ V. arts. 56, inc. h), Ley 24065 (Marco de la Electricidad) y 52, incisos h), i) y j), Ley 24076 (Marco del Gas).

⁵ En algún régimen provincial, v.gr. Provincia de Buenos Aires, la aprobación de las tarifas se reserva al Poder Ejecutivo.

Sindicatura General de la Nación⁶, el externo encomendado a la Auditoría General de la Nación⁷ y los conferidos a la Comisión Mixta Parlamentaria Revisora de Cuentas, al Defensor del Pueblo de la Nación⁸ y a la Comisión Bicameral del Congreso (ya indicado).

II. LA FUNCIÓN DE LOS ENTES REGULADORES

A) BASES DE LA REGULACIÓN

Desde la visión económica, la regulación es una forma de intervención del Estado en el mercado o, en otras palabras, una política pública consistente en una restricción o interferencia de las actividades de un sujeto regulado por un órgano o sujeto público regulador, que no desarrolla las actividades del regulado y que dicta las reglas restrictivas, controlando su cumplimiento en forma continuada⁹.

SAMUELSON-NORDHAUS señalan que la regulación está configurada por las normas o leyes dictadas para controlar las decisiones de las empresas, relacionadas con los precios, la venta o la producción¹⁰.

La descripción precedente permite identificar las siguientes notas características:

- 1) La regulación es una acción distinta y externa a la actividad regulada.
- 2) Es una limitación a la libertad del regulado.
- 3) Es una política pública, por lo que debe responder al interés general.
- 4) Presupone un patrón, rol o modelo, que no es otra cosa que la conducta deseada del regulado.
- 5) Tal conducta (acción u omisión) está contenida en la norma o criterio regulatorio y la verificación de su cumplimiento es la tarea de control (*contre rôle* o confrontación con el patrón).

⁶ Arts. 96-115 de la Ley de Administración Financiera, n.º 24156.

⁷ Arts. 85 CN y 116-127 Ley 24156. El art. 117 de esta Ley le atribuye a la Auditoría el control dirigido a los «entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos».

⁸ Arts. 86 CN y 1º y 14, Ley 24284.

⁹ V. Barry M. MITNICK, *La economía política de la regulación*, FCE, México, 1989, pp. 21-31.

¹⁰ Paul A. SAMUELSON y William D. NORDHAUS, *Economía*, 14.ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1992, p. 410.

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

Como puede advertirse, la regulación comprende no sólo el establecimiento de las reglas destinadas a disciplinar una actividad, sino también la verificación de que la misma se desenvuelve de acuerdo a las reglas.

Para la economía, la regulación presupone una posición crítica frente al mercado, un enjuiciamiento de su modo de funcionar y de las acciones voluntarias de sus operadores, lo que justifica la aplicación de una política correctiva de las llamadas «fallas» del mercado; por lo tanto, un regulador debe asegurar el funcionamiento de este último en condiciones normales, permitiendo que la oferta y la demanda se articulen en un marco razonable de libertad¹¹.

Si la agencia actúa en un mercado monopolístico, debiera tender a «simular» la existencia de un mercado y su acción regulatoria ha de orientarse a introducir elementos de «competencia», en la medida de lo posible, a través de segmentos o áreas desreguladas. Tal es el caso del derecho de interconexión en materia de gas o electricidad o del pago de peaje que permite el uso compartido de la infraestructura ferroviaria por los transportistas de pasajeros y de carga.

La regulación «interfiere» con la actividad regulada, pero no la sustituye porque es un fenómeno externo a la misma; por tal razón, no hay regulación en sentido estricto cuando, dentro de un sector, sus operadores o actores celebran un acuerdo de «autorregulación» o adoptan un «código de conducta», como acontece en algunos países a través de acuerdos entre los medios de comunicación o en el caso de los empleados públicos respecto del derecho de huelga. Aquí no hay desdoblamiento entre función reguladora y actividad regulada.

Según la teoría económica, las «fallas» del mercado pueden consistir en monopolios, desigualdades («asimetrías») en la información o deseconomías externas («externalidades negativas»).

El monopolio puede definirse simplemente como la situación del mercado en la que existe un único proveedor o que hay fuertes barreras para ingresar a competir, o bien que un solo sujeto controla la oferta frente a una pluralidad de demandantes.

En general, se considera que un monopolio —o sus variaciones como el duopolio o el oligopolio— al afectar el libre funcionamiento del

¹¹ V. Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 54-55.

mercado tiene serias consecuencias negativas, como aumento de los precios, insuficiencia de bienes, injusticia social, etc.; por eso se lo califica como monopolio «malo» o «artificial».

No obstante, el monopolio puede ser «bueno» o «natural», cuando una sola empresa está en condiciones de ofrecer los bienes o servicios a mejor precio que si hubiera múltiples oferentes.

SAMUELSON-NORDHAUS escriben que «cuando hay economías de escala o alcance tan poderosas que sólo puede o debe sobrevivir una empresa, tenemos un monopolio natural»¹². Me permito aclarar que las economías de escala constituyen la disminución de los costos unitarios de producción a medida que crece la demanda, mientras que las denominadas economías «de alcance» consisten en la reducción de dichos costos derivada de producir varios bienes o servicios por la misma empresa.

Así, por ejemplo, constituye un monopolio natural el servicio público de provisión de agua potable, ya que sería un derroche desde el punto de vista económico construir más de una infraestructura básica para la prestación, por lo que un único proveedor puede producir a costos unitarios más bajos. Si, en el mismo ejemplo, el prestador monopólico agrega el servicio cloacal obtiene economías de alcance con relación a quien presta únicamente este último servicio.

Frente a los monopolios «artificiales», en los que no hay economías de escala ni de alcance y, por lo tanto, se encarecen injustificadamente los precios de los bienes y servicios, la respuesta institucional no es la «interferencia» regulatoria, sino las políticas de defensa de la competencia y desregulación (o apertura de los mercados).

En cambio, si el monopolio es natural y ofrece claras economías de escala, la política a seguir es la regulación para tratar de que los menores costos y la mayor eficiencia se trasladen a los usuarios y, por otro lado, para evitar que el único prestador abuse de su «posición dominante» en el mercado.

Otra de las razones por las cuales se sigue una política de regulación es que los consumidores o usuarios no disponen de información adecuada sobre los bienes o servicios que consumen, que les posibilite tomar decisiones en los contratos que celebran, por lo menos, en condiciones de paridad con los proveedores de los mismos¹³. A un usuario del servicio de agua potable, por ejemplo, le resultaría sumamente complicado y costoso verificar si el agua que recibe reúne las condiciones de calidad que la hacen apta para el consumo humano. Ese control lo asu-

¹² SAMUELSON-NORDHAUS, *op. cit.*, p. 411.

¹³ Irving FISHER sostenía que, en economía, el riesgo está en relación inversa con los conocimientos.

me el Estado a través de la regulación, aunque, como ya dejé señalado, esta función no se agota en un cometido de control.

Por lo tanto, la «asimetría» o desigualdad informativa, o sea, la «incapacidad del mercado para suministrar información eficientemente»¹⁴, se afronta con regulación informativa, que obliga a proveer a los consumidores datos establecidos y precios de los productos y servicios que reciben.

Debe agregarse que a veces no sólo los consumidores se encuentran en una posición «asimétrica», sino también los entes reguladores de los servicios públicos, por deficiencias de sus propios sistemas de información o por falta de una respuesta eficiente a las políticas de bloqueo, que, en algunos casos, practican los prestadores.

Por su parte, las «externalidades» son los efectos de la conducta de los operadores económicos que perjudican (externalidad negativa) o benefician a terceros (externalidad positiva), pero que no integran el cálculo económico de los primeros, ya que no pueden cobrar la ventaja a los beneficiados ni tampoco los perjudicados pueden reclamarles por el daño que sufren. De ahí que se los llame efectos secundarios involuntarios.

Las consecuencias de la actividad afectan directamente los derechos de terceros por ello, la teoría jurídica ha creado las categorías de «intereses difusos» y «derechos de incidencia colectiva», para que los terceros en defensa de los intereses comunes puedan reclamar ante la Administración o la justicia.

El caso más notorio es el impacto negativo de algunas actividades industriales sobre los bienes comunes, como el medio ambiente, la seguridad o la salud pública, en que la regulación tiende a corregir el uso abusivo a través de prohibiciones, restricciones o de incorporación de las medidas de prevención a los costos de los operadores. Expresado en lenguaje económico: se trata de eludir las externalidades negativas o deseconomías externas por medio de una «internalización» de los costos.

A los fundamentos económicos, que expuse en forma sumaria, corresponde agregar los de índole jurídica que tienden a preservar los derechos individuales y a asegurar la calidad y eficiencia de los servicios públicos; por ello, en los marcos regulatorios se incluye un plexo de objetivos de la regulación, que no configuran una enumeración taxativa y suelen formularse sin jerarquizarlos entre sí, tales como protección de los derechos de los usuarios, el estímulo de las inversiones, la confiabilidad y eficiencia del servicio, el asegurar su regularidad, continuidad, igualdad y generalidad, la expansión del sistema de prestación, la pro-

¹⁴ SAMUELSON-NORDHAUS, *op. cit.*, p. 412.

tección de la salud pública y el medio ambiente y, en todos los casos, tarifas justas y razonables¹⁵.

B) CLASES DE REGULACIÓN

La teoría económica distingue distintos tipos de regulación: la «económica», que apunta al control de los precios, a la calidad de los bienes y a la determinación de los requisitos para ingresar al mercado, y la «social», que tiene por finalidad la protección de la salud, el bienestar o el medio ambiente a través de correcciones sobre las externalidades negativas¹⁶.

Otra clasificación las agrupa en regulaciones de: fomento, promoción o desarrollo; control o prevención; y social o de solidaridad¹⁷. La primera consiste en una acción del Estado destinada a modificar el funcionamiento del mercado por medio de interferencias o correcciones de la oferta o de la demanda, pudiendo llegar hasta la determinación de los precios (precios «máximos» u «oficiales»).

Esta forma de intervención fue una política dominante a partir de los años treinta en Argentina y se practicó hasta fines de los ochenta, en que la Ley de Reforma Económica (n.º 23697) declaró formalmente su extinción.

El objeto de la regulación de fomento es favorecer o estimular actividades o sectores económicos, mejorando las condiciones que les brinda el mercado, a través de exclusividades, preferencias, exenciones, subsidios, créditos promocionales, etc.

Los regímenes de «compre argentino» (Decreto-Ley 5340/63) y de «contrate nacional» (Ley 18875 y Decreto 2930/70) constituyeron un claro ejemplo de la política de fomento, al instituir reservas de mercado y trato preferencial en favor de los bienes y servicios de origen nacional¹⁸.

La regulación de control (o «prevención») tiende a impedir que quienes operan en el mercado, produciendo bienes o prestando servicios, abusen de su posición dominante y sujeten su oferta a condiciones más gravosas para los consumidores.

¹⁵ V. arts. 2.º Ley 24065 (Electricidad), 2.º Ley 24076 (Gas), 8.º, Decreto 1185/90 (Comunicaciones) y 2.º Decreto 999/92 (Agua Potable).

¹⁶ SAMUELSON-NORDHAUS, *op. cit.*, p. 410.

¹⁷ Jorge Eduardo BUSTAMANTE, *Desregulación –entre el derecho y la economía–*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 15-29.

¹⁸ Ismael MATA, «Las vicisitudes del Compre Nacional», en revista «*Régimen de Contrataciones y Compre Nacional*», 2002, RAP, pp. 59 y ss.

Esta modalidad de regulación puede tener lugar en un mercado no competitivo, como es el caso del monopolio natural de los servicios públicos, o bien en un mercado con competencia pero con desequilibrios en la posición de las partes, como acontece en el mercado de trabajo, en que la intervención del Estado tiende a corregir la desigualdad económica entre empleador y empleado¹⁹.

Por último, la regulación social o de solidaridad apunta a la protección de clases o sectores sociales en lo tocante a la subsistencia o en los variados aspectos de la asistencia social (salud, vivienda, etc.), como es el caso de las regulaciones previsionales y de obras sociales.

En suma: desde la perspectiva económica, la regulación de los servicios públicos responde al tipo de regulación de «control» o «prevención» y apunta a prevenir las consecuencias negativas del monopolio natural, la «asimetría informativa» y las «externalidades negativas».

En función de lo expuesto, cabe destacar que la política de «desregulación» —que normalmente acompaña a las de «privatización» y «regulación»— apunta fundamentalmente a eliminar o atenuar las regulaciones de «fomento», para permitir una mayor libertad en el funcionamiento del mercado. Por su parte, si en un mercado desregulado se producen distorsiones o abusos causados por los operadores, las herramientas jurídicas para corregirlos son las leyes de defensa de la competencia, antimonopolio y protección de los derechos del consumidor.

Por último, señalo que la regulación de control se ha desarrollado vigorosamente como política concurrente con la de privatización de los servicios públicos de carácter monopolístico, con lo que quedaría resuelta la aparente antinomia entre regulación y desregulación, como partes del modelo de reforma del Estado.

C) LOS COMPONENTES DE LA FUNCIÓN REGULADORA

La función asignada a los entes reguladores no constituye una acción puntual o coyuntural, sino un proceso permanente de interacción entre regulador y regulado, con respecto al cual pueden identificarse los componentes o subfunciones siguientes:

- 1) normativo, consistente en el dictado de normas de alcance general, en su mayor parte de contenido técnico, que aplican y completan el marco regulatorio y el título habilitante;
- 2) control y sanción, que, como cualquier actividad de tal índole, versa sobre el ajuste de la conducta controlada al patrón regula-

¹⁹ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 20.

- torio –marco, título y normas del regulador– y, en caso de desviación, adopta una medida correctiva o sancionatoria;
- 3) jurisdiccional, también llamada arbitraje o mediación, que atribuye al regulador la solución de conflictos entre las partes o actores del sistema de servicio público; y
 - 4) generación y administración de incentivos, entendidos como la oferta de estímulos o beneficios destinados a obtener la conducta deseada del regulado.

En algún trabajo anterior incluí, entre las subfunciones de la regulación, la proactividad, entendida como el arduo quehacer que tiende a estimular la eficiencia del prestador y a prevenir y solucionar los problemas del servicio, evitando la actuación refleja o reactiva frente a la conducta del regulado e implicando un acompañamiento «activo», sin sustitución de este último, ya que la regulación, como ya señalara, es siempre una función externa respecto de las actividades sobre las que se ejerce.

Hoy considero que no constituye una actividad o atribución que integra la competencia del regulador, sino un requisito para que su gestión resulte eficiente en definitiva, un estándar de calidad que se aplica a todos los componentes de la función reguladora.

En la teoría económica, las tres primeras subfunciones indicadas, constituyen regulación por «directiva», que se refiere a una conducta impuesta en forma unilateral por el regulador, con la posibilidad de una sanción en caso de incumplimiento.

Las «directivas», por su obligatoriedad, se distinguen de los «incentivos», ya que éstos persiguen la conducta deseada del regulado a través de su adhesión voluntaria o autónoma.

Desde la perspectiva jurídica, la regulación parece no presentar ningún aspecto sustancialmente diferente de los conceptos de derecho y de norma jurídica, ya que si se concibe al primero como un proceso de creación y aplicación de normas y a la segunda como un mandato regulador de la conducta humana, a través de un acto coercitivo o sanción²⁰, no se advierten diferencias esenciales en razón de que todo el sistema jurídico consiste en regulación o un conjunto sistémico de reglas.

No obstante, esta modalidad de establecer normas, que sigue el modelo anglosajón, para afrontar directamente las «fallas» del mercado cuando se «transan» servicios esenciales para la comunidad, exige dos órdenes de reflexiones: el primero para establecer si la regulación es en esencia una «potestad» jurídica y, en su caso, si ofrece elementos acci-

²⁰ V. Hans KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2.^a ed. Imprenta Universitaria, México, D.F., 1958, pp. 144-145.

dentales propios; y, en segundo término, qué diferencias y semejanzas ofrece respecto de figuras con las que puede considerarse emparentada, como la potestad reglamentaria, las relaciones de sujeción especial, la función jurisdiccional o el poder de policía.

La doctrina tradicional expresaba que la potestad se configura por una posición de supremacía de un sujeto (elemento psicológico), con una voluntad potenciada por el derecho aplicada a la solución de un conflicto de intereses (elemento económico), mediante una decisión obligatoria para un sujeto pasivo.

En lenguaje jurídico actual, la potestad consiste en un título de legitimación activa de un sujeto u órgano frente a otro que es el portador de un título de legitimación pasiva, y esta relación, que se puede llamar de «sujeción», tiene por finalidad la solución de conflictos de intereses.

En la regulación, la potestad o «directiva» es propia de los componentes normativo, control-sancionador y arbitraje, debiéndose destacar la difícil tarea de obtener el equilibrio y la armonía de los intereses sectoriales en juego para ordenarlos a los objetivos que el sistema regulado tiene fijados²¹.

Resulta frecuente encontrar en los marcos regulatorios, trabajos doctrinarios y sentencias judiciales la afirmación de que la regulación no es otra cosa que el ejercicio del «poder de policía» sobre un servicio público. GORDILLO sostiene que el uso frecuente de los vocablos «policía» o «poder de policía» ha probado ser pernicioso para la vigencia de las libertades públicas, pues ha llevado más de una vez a la Administración y los tribunales, hasta la misma Corte Suprema en el caso «Cine Callao», entre otros, a equivocarse en la solución del caso al dejarse guiar por una frase que evoca poder omnímodo allí donde sólo puede haber facultad legal y constitucional expresa, con sustento fáctico y normativo suficiente. Todo lo demás es proclive al error, fruto de una construcción innecesaria²².

FIORINI, en su profundo y vigente análisis del tema²³, señala que, frente a la proliferación de los bienes comunes en las sociedades modernas, la función policial es la actividad jurídica del Estado que tiende a regular el equilibrio necesario entre la existencia individual y el bien común, cuando éste es perturbado. En otras palabras, consiste en ordenar la concurrencia o el goce de las personas sobre los bienes comunes, siendo sus datos, por lo tanto, la convivencia social, el riesgo de la perturbación y el restablecimiento del equilibrio.

²¹ La tarea adquiere una dificultad adicional cuando las políticas sectoriales no son claras o los objetivos no están jerarquizados entre sí, como puede advertirse con la sola lectura de los marcos regulatorios (p.ej., qué es más importante, la expansión o la calidad del servicio).

²² Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*. tomo 2, 2.^a ed., Bs. As. 1998, V-1 y 2.

²³ Bartolomé A. FIORINI, *Poder de Policía – Teoría jurídica*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1962, pp. 9-24, 92-96 y 174.

De acuerdo con FIORINI, el poder de policía constituye una modalidad de la potestad reglamentaria de los derechos individuales que se relaciona con la concurrencia sobre los bienes comunes, por lo que está incluida en la zona de reserva del legislador (Constitución Nacional, arts. 14, 17, 18 y 19).

Como puede advertirse, la función de regulación, tanto en su aspecto normativo como de control, poco tiene que ver con el poder de policía; las normas que dictan los entes reguladores no son manifestación de la potestad policial, que está reservada al legislador, y el control que tienen asignado sólo en pocos casos específicos versa sobre el uso de los bienes comunes (v.gr., externalidades ambientales).

El elemento más importante de la regulación en materia de servicios públicos es la política de incentivos, que induce a las empresas privadas a comportarse de modo consistente con la asignación eficiente de los recursos, tendiendo a que el comportamiento deseado tenga lugar en forma voluntaria, cambiando la atracción relativa de las opciones.

La eficiencia de los incentivos depende de la oportunidad y el modo en que se apliquen, ya que un incentivo que llega a destiempo carece de efectos positivos, así como también el tratar de incentivar en áreas que están fuera de los intereses de las empresas o donde éstas ya encontraron las formas de perfeccionarse con buenos resultados.

Surge entonces la necesidad de una información cierta y oportuna, y el problema fundamental del regulador es que suele carecer de ella (posición de «asimetría»). En general, los centros de toma de decisiones de las empresas saben más sobre el campo en que actúan que el regulador. No sólo saben más sobre aspectos tecnológicos, de demanda y perspectivas, sino que tratarán de ocultar la información referente a sus costos y beneficios.

En opinión de VICKERS y YARROW, «el problema de la política reguladora se refiere al diseño del mecanismo de los incentivos: cómo inducir a la empresa a actuar de acuerdo con el interés público (lo que dependerá del estado de la tecnología y la demanda) sin poder observar el comportamiento de la empresa»²⁴.

Finalmente, cabe agregar que la identificación de las subfunciones requiere una labor interpretativa de los marcos regulatorios ya que, por lo general, no se encuentran perfiladas con nitidez, en particular la de gestión o creación de incentivos. Como excepción puede indicarse la Ley 8835 de la Provincia de Córdoba, al establecer que la función reguladora del ente local «comprende el dictado de la normativa regulatoria, el control y aplicación de sanciones, la solución de conflictos entre las partes del sistema, el estímulo de la calidad y eficiencia de los prestado-

²⁴ John VICKERS y George YARROW, *Un análisis económico de la privatización*, FCE, México, 1991, p. 106.

res y la aplicación de los incentivos relativos a la actividad regulada, de conformidad con las políticas sectoriales» (art. 24).

III. LA ORGANIZACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES

Como ya indicara, el ente regulador, junto con la potestad tarifaria y el título habilitante de la prestación, constituyen los instrumentos básicos de la política reguladora de los servicios públicos.

Con relación al diseño orgánico de los entes en Argentina, tanto en el ámbito nacional como provincial, se ha articulado el modelo latinoamericano de la entidad autárquica con el anglosajón de la agencia o comisión reguladora independiente.

Por lo tanto, los entes están dotados de personalidad jurídica, patrimonio propio y el fin público que es la función reguladora, a través del ejercicio de sus actividades componentes.

En el ámbito nacional, para los servicios interjurisdiccionales, y por razones de escala, existe un regulador para cada servicio, mientras que en el orden local hay casos con el mismo modelo y otros en que los entes tienen a su cargo la regulación de todos los servicios públicos (Córdoba, Salta y Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Por lo general, la función reguladora se encuentra asignada en plenitud, es decir, con todos sus componentes, aunque hay casos en que el deslinde entre las secretarías sectoriales y el regulador no está claro —v.gr., comunicaciones y transporte— y algún otro en que la potestad tarifaria le ha sido conferida al Gobernador —como ocurre en la Provincia de Buenos Aires—.

La autarquía de los entes reguladores ha replanteado la discusión acerca de la competencia para su creación, es decir, si ésta le corresponde al Congreso o al Poder Ejecutivo.

Sobre el punto, MARIENHOFF sostuvo que la creación de los entes autárquicos constituye una atribución del Poder Ejecutivo comprendida en su función de Administración General del país²⁵, mientras que al legislador le corresponde establecer la autarquía de las entidades previstas en la Constitución, es decir, el Banco Nacional (actualmente «federal»), el Correo y las Universidades²⁶.

²⁵ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, 1993, pp. 399 y ss.

²⁶ V. las distintas posiciones doctrinarias en Julio R. COMADIRA, «Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT, ETOSS)», en *Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 217-250.

La reforma constitucional de 1994 introdujo una norma nueva sobre los derechos de consumidores y usuarios, que en lo pertinente expresa: «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 las provincias interesadas, en los organismos de control» (art. 42).

La cláusula, si bien se refiere a «organismos de control», al mencionar también los «marcos regulatorios de los servicios públicos», permite concluir que entre tales organismos se incluyen los entes reguladores²⁷, por lo que el establecer su autarquía le corresponde al legislador, máxime si las atribuciones del regulador se extienden a personas que no son parte del título habilitante como, por ejemplo, la intervención obligatoria del ente en conflictos entre prestadores y usuarios o terceros²⁸.

Por otro lado, con la excepción de la posición de quienes no son parte de la relación prestacional, se considera que los marcos regulatorios pueden ser establecidos por decreto del Poder Ejecutivo, con lo que el vocablo «legislación», empleado por el art. 42 CN, es comprensivo de la ley formal y de los reglamentos de dicho Poder²⁹.

Con respecto a la «necesaria participación» de las asociaciones de consumidores y usuarios se discute si dicha participación debe ser consultiva o decisoria, esta última a través de la representación en los órganos colegiados de dirección de los entes reguladores.

Sobre este punto considero que la colegialidad en la conducción de las agencias tiene por objeto asegurar la visión interdisciplinaria de la regulación y la responsabilidad y acierto en las decisiones; dicho de otro modo, el órgano de dirección no es un ámbito de representación ni de composición directa de intereses. El regulador debe corregir la posición de asimetría de los usuarios como tercero imparcial; por lo tanto, si los usuarios fueran parte de la decisión verían debilitado su poder de crítica y la posición de independencia del regulador³⁰.

La función reguladora, ejercida a través del desenvolvimiento de todos sus componentes, exige alta capacidad técnica de los funcionarios

²⁷ En el régimen nacional considero que hay que distinguir entre entes reguladores, con plenitud de su función, y organismos de control, que básicamente ejercitan el componente «control-sanción», como la Comisión Nacional de Regulación del Transporte y el Órgano de Control de las Concesiones Viales (tema vinculado con el deslinde de las competencias de las secretarías sectoriales).

²⁸ Sobre el punto, escribe COMADIRA que «la determinación del órgano constitucional competente para la descentralización autárquica debía resultar de la índole de la actividad a desarrollar por el ente y, muy especialmente, del origen y naturaleza de los derechos particulares sobre los cuales ese accionar pudiera gravitar» (*op. cit.*, p. 233).

²⁹ Conf. Alberto BIANCHI, *La regulación económica*, tomo 1, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 231-237.

³⁰ En contra, GORDILLO, *op. cit.*, tomo 2, 3.ª ed., VI-35-4.3.3.

de dirección y del personal de los entes reguladores; por ello, los marcos han establecido distintos recaudos para asegurar la idoneidad de sus agentes, como la especialidad, los antecedentes técnicos y la experiencia relacionados con el cometido del ente³¹.

En vinculación con el modelo estadounidense, se señala como presupuesto esencial para el ejercicio de la regulación la independencia funcional del regulador, cuya preservación requiere el respeto por la duración del mandato de sus directores, garantía que en la postprivatización ha sido reiteradamente vulnerada, en conexión con los nombramientos políticos.

En cambio, con respecto al resto del personal, el criterio general es su sujeción a la legislación laboral sin la estabilidad propia de los agentes públicos; con ello se ha buscado evitar la inmovilización de los cuadros y su actitud de desinterés, que se suelen producir en la Administración tradicional.

Los principios de idoneidad e independencia aspiran a evitar dos fenómenos distorsivos de la regulación que son, en términos de la economía institucional, la «captura» de la agencia por el prestador y su «cooptación» por el poder político; la primera, por lo general, se ve facilitada por la asimetría informativa del regulador, mientras que la segunda interfiere con sus decisiones, con el riesgo de situarlas al margen del marco regulatorio, el título habilitante o las normas del ente; v.gr., la postergación de un ajuste tarifario establecido, con miras a ganar votos en víspera de elecciones. La cooptación se agrava cuando tiene carácter «bifronte», es decir, cuando el legislador y el ejecutivo ejercen presiones contradictorias. En la misma línea, la regulación puede verse seriamente afectada por el llamado «activismo judicial», entendido como la sustitución por el juez de las decisiones que corresponden al regulador.

Otro instrumento básico sustancial para el buen funcionamiento de los entes reguladores es la participación consultiva de los usuarios a través de los mecanismos de la audiencia pública, las reuniones informativas, las encuestas y los pedidos de opinión por distintos medios.

La audiencia pública está prevista en los marcos regulatorios, por lo general, en forma optativa para el regulador, quien puede determinar el tema a tratar y la oportunidad de la celebración; no obstante, en los marcos regulatorios de la electricidad (arts. 48 y 74) y del gas (arts. 46 y 68) se establecen los casos en que es necesario realizar la audiencia.

Cabe agregar que en la jurisprudencia de los tribunales se abre paso el criterio de que la audiencia es una garantía constitucional respecto de los derechos de usuarios y consumidores.

³¹ V. arts. 58 Ley 24065, 54 Ley 24076, 19 Decreto 999/92, etc.

IV. LOS ACTOS DE LOS ENTES REGULADORES Y LAS MODALIDADES DEL CONTROL³²

Como ya lo expresara, los entes reguladores son personas públicas estatales dotadas de autarquía; por lo tanto, sus decisiones se toman por medio de actos administrativos, los que pueden ser de alcance individual o general, susceptibles de ser impugnados a través de recursos administrativos (art. 73 RLNPA).

En los marcos regulatorios de los servicios públicos nacionales, como criterio general, se establece que los entes reguladores se rigen por los procedimientos de la LNPA, salvo que el propio marco contemple otras normas procesales [v. arts. 71 MRE; 65 MRG; 18–inc. b)– 68 y 72 MR-999/92; etc.], criterio coincidente con el art. 93 RNLPA.

La impugnación en sede administrativa tiene distinto tratamiento según el acto sea de alcance (o contenido) general o particular, aunque tal circunstancia –a mi entender– no alcanza a quebrar la concepción unitaria del acto administrativo, que incluye tanto al general como al particular³³.

Asimismo, aunque éste no sea el lugar para fundarlo con detenimiento, considero que en nuestro Derecho no hay lugar para subdividir los actos administrativos generales, según tengan o no carácter normativo, si se atiende al criterio de que el acto general nace con vocación de permanencia y es susceptible de ser aplicado mientras esté vigente; en consecuencia, no se agota con los actos de cumplimiento y sus rasgos distintivos están desvinculados de la cantidad de veces que resulte aplicado o del número de sus destinatarios.

A) CONTROL ADMINISTRATIVO

1) *Actos de alcance general*

Los actos de alcance general –o reglamentos, ya que no son conceptos diferentes– dictados por un Ente Regulador pueden ser impugnados

³² En este capítulo se emplearán las abreviaturas siguientes: LNPA, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos; RLNPA, Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos; MRE, Marco Regulatorio de la Electricidad; RMRE, Reglamento del Marco Regulatorio de la Electricidad; MRG, Marco Regulatorio del Gas; RMRG, Reglamentación del Marco Regulatorio del Gas; MR-999/92, Marco Regulatorio de los Servicios de Agua y Saneamiento en el área metropolitana de Buenos Aires.

Para la consulta de la legislación citada puede recurrirse a www.infoleg.mecon.gov.ar y www.saij.jus.gov.ar.

³³ V. Bartolomé A. FIORINI, *Los actos administrativos generales y su impugnación en la ley 19549*, LL 149-908.

ante la autoridad que los dictó mediante un reclamo administrativo, si dicho acto afecta o puede afectar al interesado en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos [art. 24, inc. a), LNPA].

Tales derechos deben ser preexistentes al acto y la afectación debe ser actual o con posibilidad de que acontezca en forma cierta e inminente³⁴. Como se trata de una impugnación en sede administrativa, el reclamo puede también sustentarse en un interés legítimo (art. 74 RLNPA).

El reclamo se califica como impropio para diferenciarlo del previsto en el art. 30 LNPA, que funciona como requisito previo a la demanda judicial contra el Estado nacional o sus entidades autárquicas³⁵.

La decisión que resuelve el reclamo es irrecurrible en sede administrativa (art. 73 RLNPA); no obstante, nada impide la derogación total o parcial, de oficio o a pedido de parte, en los términos del art. 83 RLNPA. El reclamo no está sujeto a un plazo de caducidad para su interposición.

Como no hay un plazo específico para resolverlo, se sostiene que resulta aplicable el procedimiento previsto en el art. 10 LNPA (silencio o ambigüedad de la Administración)³⁶, aunque nos parece que guarda mayor afinidad con dicho reclamo el mecanismo del art. 31 LNPA, establecido para el reclamo propio, previo a la demanda judicial.

Finalmente, cabe agregar que si el acto de alcance general hubiera tenido aplicación por la autoridad de ejecución, los actos particulares de aplicación son susceptibles de ser impugnados por medio de recursos administrativos (art. 73 RNLPA).

2) *Actos de alcance particular*

Los actos de los entes reguladores de alcance particular pueden impugnarse a través de los siguientes recursos y reclamos, expuestos en forma de síntesis:

- a) Recurso de reconsideración (arts. 84-88 RNLPA), contra los actos definitivos, equiparables a tales, interlocutorios o de mero

³⁴ Tomás HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, 1985, tomo 1, p. 454.

³⁵ Con relación a las entidades autárquicas, la necesidad del reclamo administrativo previo fue introducida por la Ley 25344, denominada de «Emergencia Económico-financiera».

³⁶ Conf. Horacio Pedro DÍEZ, *Reglamento. Su impugnación en el procedimiento administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, pp. 70-72.

- trámite, cualquiera sea la jerarquía del órgano del ente que los haya dictado.
- b) Recurso jerárquico «interno» o «menor» (art. 93 RLNPA), contra los actos definitivos o que impidan totalmente el reclamo o pretensión del administrado, provenientes de los órganos superiores del ente.
 - c) Recurso de alzada (arts. 94-98 RLNPA), contra los actos administrativos definitivos o asimilables a ellos, emanados del órgano superior del ente (directorío por lo general), a opción del interesado, quien puede, en forma alternativa, accionar por la vía judicial³⁷.

Cabe destacar algunas excepciones al régimen general en cuanto al órgano competente para resolver el recurso, que en el RLNPA es el Ministro o Secretario de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el ente autárquico (art. 96). Así, sobre el punto el RMRE (art. 76) prescribe que el recurso sea resuelto por la Secretaría del sector, quedando agotada la vía administrativa con su pronunciamiento.

En cambio, el RMRG (arts. 65-70, punto 11) determina que la interposición del recurso no será necesaria para que se considere agotada la vía administrativa, a los efectos del recurso judicial previsto en el art. 70 del MRG.

Por su parte, el art. 18 del MR-999/92 establece que contra las decisiones del ETOSS³⁸ se puede interponer recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo nacional y, por lo tanto, esta autoridad lo resuelve (art. 68 íd.), solución que responde al carácter interjurisdiccional del regulador³⁹.

Teniendo en cuenta que el art. 73, último párrafo, RLNPA estatuye que los recursos pueden fundarse tanto en razones vinculadas a la legitimidad como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público, corresponde determinar si el alcance del control que se ejerce a través del recurso de alzada contra los actos de un ente regulador debe circunscribirse sólo a la legitimidad o también puede versar sobre el mérito o el interés público (art. 97 RLNPA).

Con relación a los entes reguladores creados con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, habría que distinguir entre los creados por ley o por decreto, limitándose el alcance del control en el primer caso, criterio que resulta acorde con el texto del referido art. 97. No obs-

³⁷ Luego de la reforma introducida a los arts. 30, 31 y 32 de la LNPA por la Ley 25344, la acción judicial requiere del previo reclamo administrativo, salvo las excepciones que la nueva norma indica.

³⁸ Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, creado por la Ley 23696.

³⁹ V. Convenio interjurisdiccional ratificado por el Decreto 999/92 y Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación de fecha 07/10/97, publicado en RAP 233:83.

tante, debo señalar que, a mi entender, cada vez que el legislador crea una entidad autárquica lo hace, invariablemente, «en ejercicio de sus facultades constitucionales», sin que se encuentre limitado a crear sólo las que prevea la Constitución y sin que el Poder Ejecutivo posea una zona de reserva o exclusividad en tal sentido.

Por último, debe señalarse que los recursos de revisión (LNPA, art. 22), queja (RLNPA, art. 71), el reclamo administrativo previo (art. 30 LNPA, ref. por la Ley 25344), las peticiones de rectificación de errores materiales (RLNPA, art. 101) y de aclaratoria (RLNPA, art. 102), y la denuncia de ilegitimidad –LNPA, art. 1.º, inc. e), punto 6–, completan el repertorio de los remedios administrativos en la normativa general, que también resultan aplicables respecto de los actos de los entes reguladores.

B) CONTROL JUDICIAL

El control judicial de los actos de los entes reguladores, así como en general las demandas contra ellos, están sujetos al régimen de la LNPA y, en tal sentido, se aplican directamente sus arts. 23 a 32, en el caso de los entes creados por decreto, y en forma supletoria en los casos de los creados por los MRE y MRG, ya que contra sus decisiones se prevén recursos directos ante la justicia.

Cabe agregar que no sólo las diferencias entre actos generales y particulares dan lugar a variaciones en el control judicial, sino también la configuración legal de otras especies de actos que se caracterizan por su objeto específico.

1) *Actos sancionatorios*

Están originados en la violación del régimen sectorial por terceros no prestadores o no concesionarios⁴⁰ o por el incumplimiento de los contratos de concesión por los prestadores⁴¹.

En el caso del MRE, la sanción aplicada por el ente puede impugnarse judicialmente mediante un recurso directo que debe interponerse dentro de los treinta días hábiles judiciales posteriores a la notificación⁴².

En el MRG, el recurso directo contra los actos sancionatorios sólo está previsto para las infracciones cometidas por terceros⁴³, ya que las

⁴⁰ Arts. 77 MRE y 71 MRG.

⁴¹ Art. 78 MRE.

⁴² Art. 81, segundo párrafo, MRE.

⁴³ Art. 73 MRG.

sanciones aplicadas en virtud de los contratos de concesión o licencia son impugnables por medio del recurso directo de carácter general previsto en el art. 70 del mismo marco.

Por su parte, esta última norma prescribe que las resoluciones del regulador (ENARGAS) pueden recurrirse por la vía de la alzada en los términos de la LNPA, y a renglón seguido puntualiza que «agotada la vía administrativa» procederá el recurso directo. Por la redacción del texto, pareciera que la impugnación judicial requiriese del previo tránsito por la alzada, con lo cual se habría suprimido la opción prevista en el art. 94 RLNPA; tal circunstancia debe haber movido a que el RMRG aclare (reglamentación de los arts. 65 a 70, punto 11) que la interposición del recurso de alzada no será menester para que se considere agotada la vía administrativa a los efectos del recurso directo.

La referida reglamentación (punto 12) declara la improcedencia de la alzada cuando se trate de una decisión que resuelva una controversia entre un prestador y otro sujeto de la Ley o de la industria u otro particular, supuesto en que corresponde el empleo del recurso directo del art. 66 MRG.

2) *Actos jurisdiccionales*

Los MRE y MGR determinan que los conflictos suscitados entre los sujetos o partes del sistema con motivo de los servicios regulados deben someterse en forma previa y obligatoria a la decisión del ente regulador.

La intervención previa y obligatoria de los entes, que el MRG llama «decisiones jurisdiccionales» (art. 66)⁴⁴, a mi entender, no tiene semejanza con la actividad judicial, porque tal vínculo está vedado por los arts. 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional. Con ello expreso mi desacuerdo con la existencia en el sistema jurídico argentino de una actividad administrativa que dé lugar a actos jurisdiccionales distintos de los actos administrativos⁴⁵.

⁴⁴ Cabe acotar que el art. 66 MRG en primer lugar determina que «toda controversia» debe ser sometida a la jurisdicción del ente regulador, y luego prevé que sus «decisiones de naturaleza jurisdiccional» serán apelables ante la justicia, con lo cual la norma parece indicar que, además de la solución de controversias, puede haber otras decisiones que poseen tal carácter y que son susceptibles del recurso directo.

⁴⁵ Conf. Bartolomé A. FIORINI, *Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional*, LL 101-1027/1037;

Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, 5.^a ed., Buenos Aires, 1998, pp. IX-16/46; Tomás HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, 1988, tomo 2, pp. 502-510. En contra: Juan Carlos CASSAGNE, *Las funciones jurisdiccionales de la Administración*, ED 54-760.

Sobre el punto debe destacarse que la agencia no es un órgano independiente frente a los sujetos de la controversia, porque tiene a su cargo la gestión del interés público comprometido en el servicio y aplica también normas que ella misma ha creado en ejercicio de su actividad normativa. Sólo tiene el deber de imparcialidad, como cualquier órgano administrativo, y, en tal sentido, actúa como lo haría un licitante público frente a una cuestión entre oferentes de una selección.

Su intervención en los conflictos se justifica por su especialidad técnica en la cuestión y está destinada a configurar un acto administrativo que puede ser posteriormente juzgado por una autoridad judicial independiente.

La intervención previa y obligatoria tampoco se asimila a la jurisdicción administrativa primaria (Estados Unidos) o al tratamiento de una cuestión prejudicial (Francia).

La diferencia con el sistema de los marcos regulatorios argentinos es clara: los tribunales no pueden intervenir si no está dado el presupuesto de la decisión previa y obligatoria del ente regulador. La actuación judicial es «competencia revisora» y no queda librado al juez remitir la cuestión a la resolución previa del ente. En otras palabras, la intervención previa y obligatoria es al solo efecto de configurar el acto administrativo que será objeto de revisión judicial por la vía del recurso directo.

En el MRE la jurisdicción obligatoria está establecida para generadores, transportistas, distribuidores y grandes usuarios, mientras que para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, es de carácter facultativo (art. 72).

En cambio, el MRG determina que la jurisdicción del ENARGAS en asuntos controvertidos es obligatoria para los sujetos de la ley y para cualquier clase de terceros interesados (art. 66 MRG). Como la norma no distingue, pensamos que la obligatoriedad alcanza a todos los sujetos enumerados en el art. 9.º MRG, esto es, los productores, captadores, procesadores y consumidores que contraten directamente con el productor de gas natural.

El art. 66 MRG prevé que las decisiones que resuelven conflictos son recurribles ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal y el recurso debe interponerse ante el ENARGAS, en forma fundada y dentro de los quince días de notificada la resolución⁴⁶.

El RMRE (Decreto 1398/92) aclara que los actos dictados por el ENRE en la solución de controversias «serán de índole jurisdiccional»

⁴⁶ Aunque no es facultad del Ente referido denegar o conceder los recursos que autorizan los arts. 66, 70 y 73 MRG, limitándose su actuación a remitir las actuaciones a la Cámara, quien debe examinar la admisibilidad del recurso (conf. Sala II, el 23/06/95, en autos «Compañía General de Gas S.A. c/ ENARGAS-Resol. 103/94»).

(reglamentación del art. 72 MRE) y, a los efectos de determinar el alcance del control en el recurso de alzada, la Secretaría sectorial debe previamente caracterizar el acto, según sea o no de naturaleza jurisdiccional (reglamentación del art. 76 MRE).

Con respecto al ETOSS, el MR-999/92 establece que sus decisiones tienen los caracteres propios del acto administrativo y contra las mismas proceden los remedios y recursos previstos en la LNPA. Las resoluciones del directorio agotan la vía administrativa.

La Comisión Nacional de Comunicaciones ofrece un panorama similar⁴⁷.

En materia de transporte, la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT)⁴⁸, que regula tanto el transporte automotor como el ferroviario, tiene competencia para resolver los reclamos de los usuarios u otras partes interesadas, sin que su intervención sea previa ni obligatoria. Del mismo modo, los conflictos que se susciten entre empresas de transporte, o entre ellas y los usuarios, con motivo de la prestación de los servicios pueden ser sometidas por voluntad de las partes, en forma previa, a la CNRT.

El Órgano de Control de Concesiones Viales⁴⁹ constituye instancia previa obligatoria para los reclamos y conflictos de todos los interesados. No ofrece dificultad el caso de los concesionarios porque se entiende que la obligatoriedad está incorporada a su título habilitante, pero resulta de dudosa legalidad cuando se trata de los usuarios, ya que la norma determina que todos sus reclamos deben deducirse ante los concesionarios o el órgano de control, según se establezca en el reglamento de los usuarios.

El Ente Regulador Nuclear no tiene atribuidas funciones en materia de resolución de conflictos⁵⁰.

El Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) tiene competencia para resolver las diferencias entre el concesionario o administrador de un aeropuerto y el Estado nacional, o entre éstos y los usuarios, y todo conflicto suscitado con motivo o en ocasión del desarrollo de actividades aeroportuarias⁵¹.

En el orden provincial, y en general en los marcos de Latinoamérica, no se han establecido regímenes especiales de impugnación judicial.

⁴⁷ Decretos 1185/90 y sus modificatorios.

⁴⁸ Decreto 1388/96.

⁴⁹ Decretos 1994/93 y 87/2001.

⁵⁰ Ley 24804 y Decreto 1390/98.

⁵¹ Art. 17 del Decreto 375/97, aprobado por el de necesidad y urgencia 842/97.

3) *Actos de carácter técnico*

Como se adelantara, además de las limitaciones a los controles administrativos sobre los actos de los entes reguladores que resuelven conflictos, han aparecido en nuestro medio iniciativas de reforma legislativa que restringen los referidos controles para los actos de naturaleza «normativa» y «sancionatoria», relacionados con la prestación de los servicios públicos, pudiéndose destacar que en la Ciudad de Buenos Aires la Ley orgánica del Ente Regulador estableció la improcedencia del recurso de alzada respecto de sus actos (art. 23 Ley 210).

Por su parte, en relación con el tema, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que los entes reguladores de los servicios públicos son entidades autárquicas, con respecto a las cuales el Poder Ejecutivo ejerce un control de tutela que no alcanza a las «cuestiones de naturaleza técnica», que se les encomiendan exclusivamente en función de su «idoneidad técnica», salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad (Dictámenes 227:119 y 227:127).

En cuanto al control judicial, no alcanza a los actos de carácter técnico porque la materia es propia del mérito y, en consecuencia, resulta ajena a la competencia de los jueces.

4) *El control judicial después de la Ley 25344*

La Ley 25344 modificó sustancialmente el art. 31 LNPA, por lo que para impugnar un acto administrativo definitivo de un ente debe previamente formularse reclamo administrativo previo ante el mismo y, producida la denegatoria expresa o tácita, la demanda judicial debe ser deducida dentro de los plazos de caducidad del art. 25 LNPA, con lo que se suprime la diferencia de régimen procesal según la naturaleza de los derechos controvertidos.

Las excepciones al reclamo son los supuestos de los arts. 23 y 24 LNPA, la repetición de los pagos indebidos derivados de una ejecución o de un gravamen y los daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual (nuevo texto art. 32 LNPA).

También considero, con relación a los recursos directos establecidos en los MRE y MRG, que los mismos constituyen supuestos de excepción a la reclamación administrativa previa porque son medios de impugnación de actos de alcance general o particular por vía de recurso, en los términos del art. 25, último párrafo, de la LNPA, norma que, aunque no esté mencionada entre los supuestos de excepción (art. 30 reformado, primer párrafo), está conectada inseparablemente a los arts. 23 y 24 de la misma Ley.

V. REFLEXIÓN FINAL

El diseño de los entes reguladores en Argentina ha seguido el modelo norteamericano combinado con la figura de la autarquía; por su parte, el régimen tarifario se ha orientado hacia el sistema inglés de «precios-tope» (*price-cap*), con el resultado de una institución vernácula, cuyo perfil todavía está en proceso de maduración, y con exposición al riesgo de quedar reducida al ejercicio de un mero papel de control de legalidad.

Por último, me adhiero a lo que bien escribiera ARIÑO ORTIZ: «la privatización no es tampoco una panacea –un monopolio privado puede ser tan ineficiente como un monopolio público– y que el grande garante de la eficiencia económica es la competencia, acompañada por la dosis adecuada de regulación»⁵².

⁵² ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, p. 55.