

DANIEL MAURO NALLAR

**LA NATURALEZA DE LOS ACTOS
EMITIDOS POR LOS ENTES
REGULADORES Y EL ALCANCE
DE SUS COMPETENCIAS**

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho
de la Universidad Austral para optar al título
de Doctor en Derecho

Director de tesis:
Prof. Dr. Juan Carlos Cassagne

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA
2009

ÍNDICE GENERAL

	<i>Pág.</i>
PRÓLOGO, Dr. Juan Carlos Cassagne	7
DEFENSA DE TESIS DOCTORAL	11
1. INTRODUCCIÓN AL TEMA Y LA LABOR REALIZADA	11
2. SISTEMATIZACIÓN DE LOS ASPECTOS JURÍDICOS	13
2.1. Breve repaso inicial sobre la autoridad y su ejercicio	13
2.2. Evolución histórica y la aparición del fallo Estrada	14
2.3. La realidad jurídica que surge de las normas de creación de los entes reguladores	15
2.4. Hacia una noción instrumental del servicio público	16
2.5. La búsqueda de una teoría unificadora y sistematizadora de la regulación	17
2.6. Características que deben reunir los entes reguladores en Argentina....	19
2.6.1. El destino de las prestaciones.....	20
2.6.2. Las personas a cargo de las actividades	20
2.6.3. El mercado imperfecto	20
2.6.4. La naturaleza económica de las actividades	20
2.6.5. Los pactos incompletos	20
3. POSTURAS JURÍDICAS RESULTANTES	21
3.1. Primera postura.....	21
3.2. Segunda postura.....	23
3.3. Tercera postura.....	24

PRESENTACIÓN PRELIMINAR

MOTIVACIONES DEL TEMA SELECCIONADO Y ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO

1. ACLARACIÓN INICIAL	29
2. LAS MOTIVACIONES POLÍTICAS Y SOCIALES DEL OBJETO SELECCIONADO PARA EL ESTUDIO E INVESTIGACIÓN	33

	<i>Pág.</i>
3. LAS MOTIVACIONES JURÍDICAS E INSTITUCIONALES DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO	35
4. LAS MOTIVACIONES TÉCNICAS DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO	39
5. LAS MOTIVACIONES INTERNACIONALES DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO	43
6. LA IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA CONCEPTUALIZACIÓN DEL «MARCO REGULATORIO» EN EL DESARROLLO DE LA TESIS.	45
7. LA IMPORTANCIA DEL MODELO ASOCIATIVO PARA LA CORRECTA IMPLEMENTACIÓN DE LA TESIS PLANTEADA	47
8. EL OBJETIVO FINAL: CONSTRUIR LA INSTITUCIONALIDAD REGULATORIA	52

PRIMERA PARTE

LOS ENTES REGULADORES Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

CAPÍTULO I

EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES FUERA DEL ÁMBITO DEL PODER JUDICIAL

1. LA AUTORIDAD COMO INSTRUMENTO.....	59
1.1. Algunas reflexiones iniciales sobre el concepto de «autoridad»	59
1.2. La división de funciones y la naturaleza única del Estado	63
1.3. La división de funciones y la naturaleza única del acto estatal.....	66
1.4. La naturaleza única del acto estatal no impide realizar clasificaciones funcionales.....	68
2. LA CATEGORÍA DE «TRIBUNAL» QUE OSTENTAN CIERTOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN: UNA CUESTIÓN MERAMENTE TERMINOLÓGICA	72
3. LA CUESTIÓN DE FONDO RESPECTO A LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS POR PARTE DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS....	74

CAPÍTULO II

LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. MARCOS REGULATORIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS: UNA BUENA OPORTUNIDAD (DESAPROVECHADA) A FAVOR DEL PODER LEGISLATIVO.....	79
2. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	82
2.1. La etapa inicial	82
2.2. El fallo «Fernández Arias»	85

	<u>Pág.</u>
2.2.1. Voto de mayoría.....	85
2.2.2. El voto de la minoría en el fallo «Fernández Arias».....	89
3. LOS PRINCIPIOS A RESPETAR PARA LEGITIMAR EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES A CARGO DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS.....	90
4. EL FALLO «LITORAL GAS».....	94
5. EL FALLO «ESTRADA».....	98
5.1. Los hechos y breve síntesis del fallo de Cámara.....	98
5.2. El Derecho.....	101
5.3. El voto de la mayoría en Estrada.....	104
5.3.1. La cuestión terminológica.....	104
5.3.2. Los requerimientos de la Corte para resolver la cuestión atinente al ejercicio de funciones jurisdiccionales por órganos administrativos.....	107
5.3.3. El principal fundamento del fallo «Estrada»: la razonabilidad del objetivo económico y político que derivaron en la creación del ente regulador.....	110
6. LA TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD EN EL FALLO Y PARA EL FUTURO.....	114
7. LAS 10 CONCLUSIONES DEL FALLO.....	118
8. SITUACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA.....	121
8.1. Repaso sobre los requerimientos básicos de la Corte.....	121
8.2. El requerimiento de la independencia e imparcialidad.....	123
8.3. La razonabilidad de los motivos que llevaron a la creación del órgano.....	127
9. LA ADVERTENCIA PRETORIANA DEL CASO ESTRADA.....	129
10. SITUACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	130

CAPÍTULO III

LA DISTINCIÓN ENTRE «RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS» Y EJERCICIO DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA ACTIVIDAD A CARGO DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. PLANTEO INICIAL.....	133
2. EL ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD.....	135
3. EL ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS.....	140
4. EL PROBLEMA QUE SUSCITAN LAS CALIFICACIONES NORMATIVAS.....	143
5. EL CONCEPTO DE «ACTO JURISDICCIONAL» Y LA ACTIVIDAD REGULATORIA.....	147

6. LAS CONCLUSIONES RESPECTO DE LA NORMATIVA Y DOCTRINA ANALIZADA.....	149
--	-----

SEGUNDA PARTE
TEORÍA DE LA REGULACIÓN

CAPÍTULO IV

EL SERVICIO PÚBLICO: NOCIÓN ACTUAL (EL SERVICIO PÚBLICO COMO RÉGIMEN REGULATORIO)

1. APROXIMACIÓN AL NUEVO CONCEPTO DEL SERVICIO PÚBLICO.	155
2. DELIMITACIÓN ACTUAL DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO: LA CUARTA POSTURA.....	160
3. NUESTRO CONCEPTO DEL SERVICIO PÚBLICO: UNA TÉCNICA REGULATORIA.....	163
4. ANÁLISIS DE LA NOCIÓN	167
4.1. Técnica legal de regulación	167
4.2. De titularidad estatal y gestión privada	169
4.3. De contenido económico.....	172
4.4. Destinadas a satisfacer necesidades	173
4.5. Esenciales	174
4.6. Bien común y desarrollo socio-económico	183
4.7. Obligatoriedad	184
5. LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ESTADO ARGENTINO EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS	184
5.1. Deber de defender la competencia y controlar, en su caso, los monopolios legales y naturales.....	185
5.2. Deber de proveer a la calidad y eficiencia de los servicios	187
5.3. Deber de proveer a la constitución de asociaciones de usuarios.....	188
5.4. Deber de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos	189
5.5. Deber de dictar marcos regulatorios.....	191
5.6. Deber de prever la participación de asociaciones de usuarios y de las provincias en los organismos de control.....	191
5.7. Deberes que surgen directa o indirectamente de los ya enunciados.....	192
6. FUNCIÓN Y MISIÓN DE LA NOCIÓN OPERATIVA DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL REFERENCIADO	192
7. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. NUEVOS MARCOS NORMATIVOS. REGULACIÓN Y CONTROL.....	194

CAPÍTULO V

HACIA UNA TEORÍA DE LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES SUJETAS A UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SERVICIO PÚBLICO

1.	BREVE NOTA INTRODUCTORIA	197
2.	ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA ACTIVIDAD REGULADORA DEL ESTADO SOBRE LAS ACTIVIDADES SUJETAS A UN RÉGIMEN DE SERVICIO PÚBLICO	201
	2.1. Potestad de reglamentación.....	204
	2.2. Condiciones de accesibilidad	205
	2.3. Regulación pública de la actividad.....	207
	2.3.1. Diferenciación entre la regulación del sistema y la participación dentro del mismo como prestador.....	210
	2.3.2. Resguardo de la independencia	211
	2.3.3. Estabilidad y especialización.....	211
3.	LA «FUNCIÓN DE REGULACIÓN» DEL ESTADO EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. ANÁLISIS DOCTRINARIO	212
	3.1. Importante advertencia inicial.....	212
	3.2. La regulación como manifestación del poder de policía del Estado.....	214
	3.3. Doctrinas que distinguen la función reguladora como una potestad jurídicamente autónoma	218
4.	ACTUALIDAD DEL INSTITUTO DEL PODER DE POLICÍA	222
	4.1. Motivación del presente título.....	222
	4.2. Breve repaso histórico sobre el nacimiento y evolución del «poder de policía» en nuestro país	223
	4.3. Potestades reglamentarias del Poder ejecutivo: la situación actual del poder del Estado para limitar derechos individuales mediante el dictado de normas generales y abstractas en Argentina.....	228
	4.4. La división de poderes y el poder de policía. La estructura constitucional vigente.....	231
5.	CONCLUSIONES.....	234
6.	NUESTRA CONCEPCIÓN DE LA FUNCIÓN REGULADORA DEL ESTADO RESPECTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	237

CAPÍTULO VI

EL CONCEPTO DE REGULACIÓN, APLICADO A LAS ACTIVIDADES BAJO ESTUDIO

1.	ANÁLISIS PREVIO SOBRE LA GRAVE CONFUSIÓN CONCEPTUAL.	241
2.	LA REGULACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA.	243
3.	EL CONCEPTO DE REGULACIÓN EN EL CAMPO DEL DERECHO.	246

	<u>Pág.</u>
4. BREVE CONCLUSIÓN SOBRE LA FUNCIÓN DE CADA CIENCIA	251
5. ANÁLISIS INTEGRAL Y OPINIÓN FINAL	252
5.1. Los actos emanados del ejercicio de la función regulatoria son actos administrativos	252
5.2. El origen y justificación de la función regulatoria	253
5.3. La distinción entre regulación y control	255
5.4. Hacia una definición	258
6. NUESTRO CONCEPTO.....	262

CAPÍTULO VII

RAZONES JURÍDICAS PARA LA REGULACIÓN INDEPENDIENTE Y ESPECIALIZADA DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

1. RESEÑA DE TEMAS.....	263
2. CARACTERÍSTICAS DE LAS ACTIVIDADES SUJETAS A UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SERVICIO PÚBLICO	265
2.1. El destino de las prestaciones.....	266
2.2. Las personas a cargo de las actividades	267
2.3. El mercado imperfecto	268
2.4. La naturaleza económica de las actividades	269
2.5. Los pactos incompletos	270
3. LAS CLÁUSULAS ABIERTAS Y SÓLO CONCRETABLES A PARTIR DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN REGULATORIA INDEPENDIENTE Y ESPECIALIZADA	273
3.1. Las normas sobre calidad en los contratos	274
3.2. La administración de la ecuación económica y financiera	274
3.3. Las restricciones y limitaciones en la composición societaria del prestador.....	274
3.4. La planificación general de las inversiones y su determinación concreta durante el período contractual.....	275
4. CONCLUSIÓN SOBRE LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN	278
5. EL MARCO REGULATORIO COMO GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA Y PREVISIBILIDAD.....	281
5.1. La constitución del marco regulatorio como un proceso permanente y complejo	281
5.2. El objetivo y utilidad del marco regulatorio	284
5.2.1. Identificación concreta de las normas aplicables.....	284
5.2.2. Estabilidad normativa y adecuación consensuada	285
6. CONCLUSIÓN	287

CAPÍTULO VIII

UN NUEVO MODELO PARA LA PRESTACIÓN Y REGULACIÓN
DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

1.	UN NUEVO MODELO PARA LA PRESTACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DESTINADAS A SATISFACER NECESIDADES ESENCIALES DE LA POBLACIÓN: LA ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	291
1.1.	Síntesis parcial y aclaratoria.....	291
1.2.	Ni privatización, ni estatización: el modelo asociativo.....	294
1.2.1.	Estudio y conocimiento previo del servicio	296
1.2.2.	Asegurar políticas de Estado en la materia	296
1.2.3.	Construir la «institucionalidad regulatoria»	297
1.2.4.	Prever un ámbito orgánico especializado que concentre las decisiones políticas sobre la materia.....	297
1.2.5.	Ejercer con prudencia la labor normativa	297
1.2.6.	Orden tributario	298
1.2.7.	Asegurar procedimientos adecuados para el ejercicio de los derechos ciudadanos	298
1.3.	¿Por qué un modelo asociativo y no la «temida» privatización o la «retrógrada» estatización?.....	298
1.3.1.	Argentina carece de infraestructura básica	300
1.3.2.	Un alto porcentaje de población tiene problemas para pagar los costos de servicios esenciales eficientes	305
1.3.3.	Argentina adolece de un crecimiento urbanístico desordenado, con profundas irregularidades dominiales	305
1.3.4.	Deben establecerse niveles tarifarios acordes con los costos de las prestaciones y respetarse las adecuaciones periódicas	306
1.3.5.	Problemas institucionales. La multiplicidad del control muestra ineficiencia estatal y genera inseguridad jurídica	306
2.	PREMISAS BÁSICAS DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICA-PRIVADA.....	310
2.1.	El consenso basado en la confianza mutua.....	310
2.2.	El resguardo de la ecuación económica de la concesión como un fin común	313
2.3.	Los objetivos de la asociación deben ser las necesidades del servicio....	314
2.4.	Conservar la operación de los servicios en el sector privado.....	315
3.	UN PROBLEMA ESPECIALMENTE GRAVE: LOS VACÍOS NORMATIVOS Y EL DESORDEN INSTITUCIONAL EN MATERIA TRIBUTARIA.	317
3.1.	Presentación del tema.....	317
3.2.	La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	320
3.3.	La cuestión terminológica	327
3.4.	Breve referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la autonomía municipal	330
3.5.	Análisis crítico sobre los municipios en Argentina	333

	<i>Pág.</i>
3.5.1. Datos poblacionales.....	337
3.5.2. Recursos per cápita.....	337
3.5.3. Autonomía financiera.....	338
3.5.4. Gasto en funcionamiento.....	338
3.5.5. Empleo municipal.....	339
3.5.6. Infraestructura social.....	339
3.5.7. Conclusiones.....	342
3.6. Conclusiones sobre de las potestades tributarias de los municipios respecto de los servicios públicos de jurisdicción nacional y provincial	342

CAPÍTULO IX

ORIGEN Y NATURALEZA DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. LOS ENTES REGULADORES EN EL CONTEXTO REFERENCIADO...	349
1.1. Introducción.....	349
1.2. La transformación del Estado y los servicios esenciales.....	351
1.3. La reforma constitucional de 1994 y los servicios esenciales.....	353
2. LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO Y LOS ENTES REGULADORES.....	355
2.1. Breve introducción.....	355
2.2. La historia de los entes reguladores en la Argentina.....	358
3. LOS ENTES REGULADORES DE FIN DEL SIGLO XX.....	360
3.1. La titularidad del Estado sobre las actividades y sus efectos.....	362
3.2. La doctrina de los pactos incompletos y sus efectos.....	364
3.3. La asociación público-privada y sus efectos.....	369
4. ROLES Y DESAFÍOS.....	370

TERCERA PARTE

LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ENTES REGULADORES

CAPÍTULO X

EL VERDADERO ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS ASIGNADAS A LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. NOTA INICIAL SOBRE LA ACTIVIDAD BAJO REGULACIÓN.....	377
2. LAS COMPETENCIAS ASIGNADAS A LOS ENTES REGULADORES EN LA ARGENTINA.....	380
3. LAS CUATRO FUNCIONES ESENCIALES DE LOS ENTES REGULADORES.....	383

	<u>Pág.</u>
3.1. Función de contralor	383
3.2. Función de reglamentación	384
3.3. Función de aplicación de sanciones	386
3.4. Función de resolución de conflictos o «arbitral»	386
4. LAS DEMÁS FUNCIONES OTORGADAS Y AÚN NO RECONOCIDAS NI EJERCIDAS EN PLENITUD	389
4.1. Función de planificación sobre los servicios	390
4.2. Función de análisis y decisión sobre prórrogas de habilitaciones vigen- tes y habilitación de nuevas concesiones	391
4.3. Función de protección de la seguridad pública	395
4.4. Función de defensa de la competencia	396
4.5. Función de contralor y decisión sobre las limitaciones legales a las com- posiciones societarias de los prestadores	397
4.6. Función de control, reglamentación y decisión sobre la accesibilidad a los servicios y las instalaciones	398
4.7. Función dominial	399
4. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES	399

CAPÍTULO XI

NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR LOS ENTES REGULADORES EN EL MARCO DE NUESTRO CONCEPTO DE REGULACIÓN Y DE LAS COMPETENCIAS ANALIZADAS

1. NOTA INICIAL SOBRE LA COMPATIBILIDAD Y COEXISTENCIA DE LAS POSTURAS DOCTRINARIAS «SUPUESTAMENTE» OPUESTAS».	403
2. DELIMITACIÓN DE LA «FUNCIÓN REGULADORA». RELACIÓN CON LOS NIVELES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO REGU- LADO. LA ACTITUD «PRO-ACTIVA» DEL REGULADOR.....	408
2.1. Existencia de un importante marco normativo, dictado con anteriori- dad al ejercicio de la función de regulación y condicionante de sus al- cances	409
2.2. La existencia de variables externas al servicio bajo regulación y que exi- gen decisiones ágiles y urgentes.....	410
3. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL ESTADO REGULADOR DE ACTI- VIDADES COMPETITIVAS Y DE ACTIVIDADES MONOPÓLICAS	411
4. EL REGULADOR «PROACTIVO». REGULACIÓN DE ESTRUCTURAS Y DE CONDUCTAS	414
5. LA REGULACIÓN COMO NEGOCIACIÓN PERMANENTE. LAS FOR- MAS Y PROCEDIMIENTOS PENSADOS PARA SU LEGITIMACIÓN...	417
5.1. Documento en consulta	419
5.2. Audiencias de conciliación	419
5.3. Planes de acción específicos	420
5.4. Audiencias Públicas	420

	<i>Pág.</i>
6. BASES DE ACTUACIÓN DE LA INSTITUCIÓN A CARGO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN REGULADORA	420
7. SOBRE LOS FUNDAMENTOS QUE IMPULSAN A SOSTENER UNA POSTURA AMPLIA RESPECTO DEL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ENTES REGULATORIOS. A MODO DE SÍNTESIS.	424
7.1. Obligaciones de resultado y no de medios	424
7.2. Bases económicas de la regulación	427
7.3. Contratos abiertos.....	427
7.4. Naturaleza de los servicios regulados	428
8. CONSTRUCCIÓN FINAL SOBRE LA NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LOS ENTES REGULADORES.....	429
8.1. Los modos de manifestación de la «función de regulación»	429
8.2. La inexistencia del acto regulatorio como categoría autónoma	431
9. LA DOCTRINA DE LA ESPECIALIDAD COMO INSTRUMENTO DE CONTENCIÓN RESPECTO DE LAS COMPETENCIAS DEL ENTE REGULADOR	433
10. A MODO DE CONCLUSIÓN: LOS PRINCIPIOS ELEMENTALES PARA UNA POLÍTICA REGULATORIA EFICIENTE.....	435
10.1. El sistema debe inclinar las prestaciones hacia la competencia efectiva. Si existe..., defenderla; si no existe..., crearla; si no es posible..., simularla	435
10.2. Es fundamental respetar la independencia funcional del regulador....	437
10.3. El seguimiento contable y financiero de las empresas y de los servicios es un aspecto clave en la «regulación», que debe ser asumido sin retaceos por los prestatarios	438
10.4. Los principios generales del Derecho forman parte de la práctica regulatoria y deben respetarse estrictamente	440
10.5. La búsqueda del bien común debe realizarse con prudencia y respeto por la propiedad privada.....	440
10.6. Los usuarios deben poder defender por sí mismos sus derechos e intereses y el sistema debe asegurarles los instrumentos necesarios para ello	443
10.7. El sistema debe contemplar los mecanismos aptos y suficientes como para contemplar el acceso a los servicios de los sectores sociales en precarias condiciones económicas	444
10.8. La transparencia, uniformidad y estabilidad del régimen tributario aplicable a los servicios públicos esenciales constituye un factor de seguridad jurídica y económica.....	448
10.9. Concentrar el «ejercicio» de la mayor parte de competencias sobre los servicios en el sujeto regulador, previendo la «participación» necesaria de otros organismos e instituciones.....	449
10.10. Es necesario exigir un estricto respeto por los principios de transparencia y simplicidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de la función de regulación.....	451

CAPÍTULO XII

**TENDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
Y DE LOS TRIBUNALES INFERIORES SOBRE LOS ENTES
REGULADORES**

1. EL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ENTES REGULADORES EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA	453
2. SOBRE LA POTESTAD PARA EL DICTADO DE REGLAMENTACIONES.	455
2.1. Alcances y límites de la potestad	456
2.2. El fallo sobre medición de consumo de agua potable en inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal	456
2.3. Los límites de la potestad del regulador para el dictado de reglamentaciones	459
3. SOBRE LAS ACTIVIDADES DE CONTRALOR	461
3.1. Normativa aplicable y relación de especial sujeción	461
3.2. El fallo «Subestación Sobral»	462
3.3. El fallo Ciancio y la extensión ilimitada de la función de seguridad.....	466
4. SOBRE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA	466
4.1. El contenido y alcance de las potestades sancionatorias de los entes reguladores en una compleja decisión judicial	467
4.2. Derivaciones prácticas del pronunciamiento analizado	470
4.3. El principio de la especialidad y las potestades sancionatorias del ENRE.....	473
5. SOBRE LA ACTIVIDAD DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. SÍNTESIS Y REMISIÓN	475
CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL	479
BIBLIOGRAFÍA	487
1. DICCIONARIOS, LIBROS Y ARTÍCULOS PUBLICADOS EN REVISTAS ESPECIALIZADAS.....	487
2. INFORMES, ESTUDIOS E INVESTIGACIONES ESPECIALES REALIZADOS POR Y PARA INSTITUCIONES, FUNDACIONES U ORGANISMOS INTERNACIONALES Y MULTILATERALES	493
2.1. Trabajos realizados por autores, compiladores o coordinadores identificados específicamente	493
2.2. Estudios, investigaciones y documentos institucionales (sin identificación específica de sus autores).....	495
3. ENCÍCLICAS PAPALES Y OTROS DOCUMENTOS DE ORIGEN RELIGIOSO.....	495
NORMATIVA.....	497

	<i>Pág.</i>
1. NORMAS FUNDACIONALES	497
2. LEYES CITADAS EN EL ESTUDIO (POR ORDEN CRONOLÓGICO) ...	497
3. DECRETOS Y RESOLUCIONES CITADOS EN EL ESTUDIO (POR ORDEN CRONOLÓGICO)	498
JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES	501
1. SEGÚN TOMO Y PÁGINA DE PUBLICACIÓN EN LA OBRA «FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN» (POR ORDEN CRONOLÓGICO)	501
2. SEGÚN DATOS DEL PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL TRIBU- NAL, PARTES Y FECHA (POR ORDEN CRONOLÓGICO)	503
2.1. Fallos de tribunales inferiores	503
2.2. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	503
2.3. Otros dictámenes y pronunciamientos citados.....	505

DEFENSA DE TESIS DOCTORAL

Daniel M. NALLAR

Universidad Austral, 10 de septiembre de 2008

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN AL TEMA Y LA LABOR REALIZADA.—2. SISTEMATIZACIÓN DE LOS ASPECTOS JURÍDICOS.—2.1. Breve repaso inicial sobre la autoridad y su ejercicio.—2.2. Evolución histórica y la aparición del fallo Estrada.—2.3. La realidad jurídica que surge de las normas de creación de los entes reguladores.—2.4. Hacia una noción instrumental del servicio público.—2.5. La búsqueda de una teoría unificadora y sistematizadora de la regulación.—2.6. Características que deben reunir los entes reguladores en Argentina.—2.6.1. El destino de las prestaciones.—2.6.2. Las personas a cargo de las actividades.—2.6.3. El mercado imperfecto.—2.6.4. La naturaleza económica de las actividades.—2.6.5. Los pactos incompletos.—3. POSTURAS JURÍDICAS RESULTANTES.—3.1. Primera postura.—3.2. Segunda postura.—3.3. Tercera postura.

Con la venia del Tribunal

Para una mayor claridad he preparado la exposición dividiéndola en tres partes básicas: introducción al tema y la labor realizada, sistematización de los aspectos jurídicos que fundamentan el trabajo y posturas jurídicas resultantes.

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA Y LA LABOR REALIZADA

Introducirse en la problemática del «servicio público» implica disponerse a conocer la realidad que nos circunda día a día, detalles e intimidades de la vida de desconocidos. Significa también una razón para observar cada pueblo o ciudad que se visita con una visión distinta, abarcativa, estratégica, nostálgica y emotiva.

Es un modo de encontrar un lenguaje común con los habitantes de cualquier lugar del mundo, de conocer la historia de un pueblo, las etapas de su desarrollo, los éxitos y fracasos de sus dirigentes, sus frustraciones.

Sucede que la historia de los servicios esenciales, la evolución de la infraestructura ferroviaria, las grandes torres de comunicaciones, las solitarias líneas de energía eléctrica y las invisibles redes de agua potable, acompañan, silenciosamente, a lo largo de la historia, cada paso del desarrollo de una nación y cada gota de su progreso. Al tiempo que lloran, con su ausencia, la ignorancia y el retroceso.

La infraestructura en permanente crecimiento y renovación muestra un pueblo pujante y poderoso, comprometido con la construcción de su destino. Por el contrario, detrás de su abandono y envejecimiento, suele hallarse un pueblo que ha perdido sus ideales y su lucha por crecer.

Luego de haber recorrido, durante la realización de este estudio, 15 capitales argentinas, más de 150 localidades del interior y siete países, personalmente siento, al repasar los aspectos sociales, que mis manos fueron el puente para que aquellos niños de Simoca, esta anciana de Avellaneda, el oficinista de Corrientes y 9 de Julio, los marginados de Rosario, los estudiantes de Santa Bárbara y Talapampa, el artesano de la puna y el trabajador de Villavicencio lleguen con sus circunstancias y avatares a este ámbito académico y de reflexión.

Porque sobrelando las cuestiones jurídicas, cuando se estudia o trabaja sobre los denominados «servicios públicos», en cada acto y en cada reflexión trasunta el bienestar y la salud de la población, sus posibilidades de educarse, de emprender proyectos laborales, de alcanzar niveles de equidad social, de atenuar los efectos de la pobreza y, en definitiva, de progresar económicamente y desarrollarse humanamente.

De ahí que, al emprender y realizar este trabajo, siempre se fue consciente de que, más allá de sus aristas técnicas, se iba a tratar una cuestión de vital importancia y trascendencia en términos sociales y políticos.

Mi tesis consta de tres partes, dedicada la primera a una introducción doctrinaria y jurisprudencial, en la segunda se establecen las bases conceptuales sobre las cuales construir una teoría de la regulación y en la tercera se presenta con fuerza dicha teoría y las posturas jurídicas resultantes de la misma, respecto de los organismos de regulación.

En tal sentido, en esta última parte procuro demostrar que los entes reguladores son el eje central de un sistema destinado a dotar de seguridad jurídica, estabilidad económica y planificación estratégica a los servicios públicos y que, en tal carácter, no debe confundírselos con tribunales administrativos ni con meros organismos de contralor, siendo el alcance de sus competencias proporcional a sus objetivos y sus actos de naturaleza «administrativa», más allá de la naturaleza de los hechos que los motivan.

Por momentos, luego de haber presidido la Comisión de Reforma del Estado y Privatizaciones de la Provincia de Salta, de haberme desempeñado nueve años como Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos de la misma Provincia y cinco años como Vicepresidente de la Asociación Federal de Entes Reguladores, tengo la fundada sensación de que la infraestructura social y la eficiencia de los servicios esenciales son la base de distinción entre países desarrollados y en vías de desarrollo.

Esa sensación inevitablemente impregna con su aroma cada letra de este trabajo, acompaña sigilosamente mis reflexiones y vigila con especial celo que ninguna afirmación contradiga u oculte lo que han visto mis ojos.

2. SISTEMATIZACIÓN DE LOS ASPECTOS JURÍDICOS

2.1. BREVE REPASO INICIAL SOBRE LA AUTORIDAD Y SU EJERCICIO

Si debiera enmarcar el trabajo de tesis en alguna rama jurídica, sin pretender establecer una división o identificación tajante y excluyente, diría que transita dentro del Derecho administrativo, aunque provisto de una fuerte e inevitable dosis de Derecho constitucional y breves tránsitos por temas de Derecho civil, comercial y laboral.

Por este motivo, he considerado prudente y necesario comenzar a desarrollar la tesis repasando el eje central alrededor del cual gira la actuación del Estado y de cada uno de sus órganos, es decir, el concepto de autoridad.

La transmisión del ejercicio de la autoridad —de la comunidad a determinados miembros— se justifica en la necesidad, inevitable, de permitir la unanimidad en la adopción de decisiones que conducen al bien común. Su ejercicio sólo será legítimo en la medida que responda acabadamente a su fin.

Se manifiestan en esta parte del estudio las siguientes conclusiones sobre la naturaleza del Estado y de sus manifestaciones:

i) La doctrina de la división de funciones no implica un desmembramiento estructural, ni del Estado como persona jurídica ni del ejercicio del poder, limitándose a establecer requisitos y formas diferentes según sea el órgano que se encontrare ejerciendo la autoridad.

ii) A partir de su fin, único e indivisible, el Estado es una persona de naturaleza inseparable que concentra todas las funciones que hacen al mejor cumplimiento de sus objetivos.

iii) Cada órgano creado por la Constitución del Estado nace para cumplir a su tiempo una función específica, en el ejercicio de la cual dicta predominantemente determinada especie de actos estatales.

iv) El acto estatal, como manifestación de voluntad de un órgano del Estado, tiene naturaleza única, aun cuando existen distintas especies de actos estatales, las que responden exclusivamente a las formas y procedimientos que deben respetarse para su dictado.

v) Sin que implique en modo alguno desconocer o deformar la naturaleza única del acto estatal, la predominancia de determinados elementos en cada acto autoriza ciertas distinciones o clasificaciones no sustanciales, las que permiten establecer parámetros que coadyuvan al correcto juzgamiento de la legalidad y razonabilidad en el caso concreto.

De manera entonces que, ni los órganos de poder del Estado son personas jurídicas distintas, ni sus actos son diferentes sustancialmente.

2.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LA APARICIÓN DEL FALLO ESTRADA

La gran discusión sobre la naturaleza jurídica de los entes reguladores, y la de sus actos, al menos en Argentina, se generó y desarrolló bajo las encontradas opiniones sobre si son o no «tribunales administrativos».

Identifico el origen de este debate en dos motivos: las numerosas controversias entre usuarios y prestatarios que los reguladores deben resolver y las menciones sobre supuestas «funciones jurisdiccionales» que respecto de los entes reguladores realizan algunas normas reglamentarias de las leyes 24.065 y 24.076.

Por este motivo, y no porque crea que el debate pasa por tales aspectos, realizo un análisis sobre la evolución doctrinaria y jurisprudencial de la cuestión atinente a los tribunales administrativos.

El análisis jurisprudencial se detiene y pone especial énfasis en tres pronunciamientos, a saber: el conocido fallo Fernández Arias (1960), Litoral Gas (1998) y Estrada (2005). Por razones de tiempo voy a centrar la atención en este último.

El fallo Estrada se conoce mientras el trabajo de desarrollo y fundamentación de la tesis se realizaba, en junio de 2005, y de él es posible extraer algunas premisas de enorme importancia institucional, sin perjuicio de sus omisiones.

El pronunciamiento merece destacarse porque se avoca a resolver un tema sumamente controvertido, sin embargo, hubiera sido realmente trascendental para cimentar una etapa de desarrollo jurídico, técnico y estructural en nuestros servicios públicos si avanzaba sobre un debate pendiente en nuestro país: la viabilidad (o no) de construir en Argentina un verdadero «sistema regulatorio» sobre los servicios públicos, conducido independiente y especialmente por organismos de regulación.

Sin perjuicio de esta crítica personal, lo cierto es que el fallo Estrada permitió exponer el tema y desnudar ante la doctrina sus aspectos más controvertidos, generando de ese modo, afortunadamente, un profundo debate doctrinario que aún persiste.

Por ello, es oportuno recordar brevemente los temas que se tratan en el fallo y tratar de cerrar respecto de ellos algunos conceptos básicos:

1. La constitucionalidad de los tribunales administrativos, en nuestro derecho, se sujeta al cumplimiento de cinco requisitos básicos: control judicial suficiente, creación por Ley, independencia e imparcialidad, cuestiones exclusivamente regidas por el Derecho público (excluyendo los conflictos entre particulares a los que se aplica normas del derecho común) y razonable objetivo político y económico como basamento de su creación.
2. No se impugna la validez constitucional de supuestos tribunales administrativos, pero, de no cumplir los requisitos exigidos, les niega tal carácter y la posibilidad de ejercer función jurisdiccional alguna.
3. Los tribunales judiciales deben expedirse en cada caso sobre la razonabilidad de los motivos que llevaron a la creación de cualquier organismo administrativo que sea calificado como tribunal.

La pregunta sin responder en el fallo es si tal examen de razonabilidad también debe practicarse en aquellos casos de organismos administrativos creados por ley y que, aun cuando la norma de su creación no los califique como «tribunales administrativos», sí les atribuya expresamente el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

4. Los tribunales judiciales deben examinar y opinar respecto del cumplimiento del requisito de independencia e imparcialidad, en cualquier organismo calificado como «tribunal administrativo» por la ley de su creación.

Cabe también preguntarse si tales exigencias rigen también respecto de los organismos administrativos que sin haber recibido la calificación de «tribunal», se les atribuye el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

En definitiva, el fallo Estrada parece no aplicarse al caso de los entes reguladores creados en nuestro país, o, al menos, debemos aceptar que no soluciona importantes cuestiones jurídicas planteadas sobre los mismos.

2.3. LA REALIDAD JURÍDICA QUE SURGE DE LAS NORMAS DE CREACIÓN DE LOS ENTES REGULADORES

Como lo expresara, el segundo motivo que alimentó el debate sobre la naturaleza jurídica de los entes reguladores trata sobre las «funciones jurisdiccionales» que le atribuyen las normas de su creación, razón por la cual consideré importante completar la evolución doctrinaria y jurisprudencial con el estudio sobre la normativa que crea los entes reguladores.

Las conclusiones que se extraen del estudio normativo referido son las siguientes:

1. Las normas estudiadas crean organismos descentralizados como «ejes centrales» del sistema regulatorio de los servicios públicos, pero sin asegurar a los mismos condiciones absolutas e incondicionales de independencia respecto del Poder Ejecutivo.

2. Es contradictorio pretender asegurar, en todos los casos, independencia respecto del Poder Ejecutivo a favor de dichos organismos, desde que existen casos en que ejercen funciones de asesoramiento al Poder Ejecutivo respecto de las prórogas de los contratos vigentes, el otorgamiento de nuevas habilitaciones y la planificación de los servicios e inversiones. En estos supuestos no es posible independencia alguna.

3. De la normativa estudiada no puede extraerse «espíritu» alguno de crear «tribunales» para los servicios públicos, ni tampoco puede deducirse la intención legal de que los entes reguladores resuelvan conflictos «con fuerza de verdad legal», ni que para hacerlo apliquen normas del Derecho privado.

4. Las normas distinguen entre competencias y potestades. Las competencias son el conjunto de atribuciones que otorgan a un organismo aptitud legal para obrar en determinado caso concreto y las potestades son las herramientas de que dispone el mismo órgano para llevar adelante aquellas competencias.

PRESENTACIÓN PRELIMINAR

MOTIVACIONES DEL TEMA SELECCIONADO Y ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO

SUMARIO: 1. ACLARACIÓN INICIAL.—2. LAS MOTIVACIONES POLÍTICAS Y SOCIALES DEL OBJETO SELECCIONADO PARA EL ESTUDIO E INVESTIGACIÓN.—3. LAS MOTIVACIONES JURÍDICAS E INSTITUCIONALES DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO.—4. LAS MOTIVACIONES TÉCNICAS DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO.—5. LAS MOTIVACIONES INTERNACIONALES DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO.—6. LA IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA CONCEPTUALIZACIÓN DEL «MARCO REGULADOR» EN EL DESARROLLO DE LA TESIS.—7. LA IMPORTANCIA DEL MODELO ASOCIATIVO PARA LA CORRECTA IMPLEMENTACIÓN DE LA TESIS PLANTEADA.—8. EL OBJETIVO FINAL: CONSTRUIR LA INSTITUCIONALIDAD REGULATORIA.

1. ACLARACIÓN INICIAL

No cualquier conjunto normativo puede, en justicia, calificarse como «sistema», sino sólo aquel que luce las normas que lo integran relacionadas armónicamente, portadoras de la suficiente coherencia conceptual, con identidad de fines y dotadas de medios instrumentales predeterminados para llegar a ellos, «herramientas» que deben presentar las características suficientes, y acordes con las exigencias de los fines propuestos.

Es decir, un «sistema jurídico» puede conceptualizarse como un conjunto de principios y reglas «racionalmente» enlazadas entre sí y que contribuyen «ordenadamente» a la concreción de objetivos comunes, siempre en un marco de equidad y asumiendo como fin último, por encima de todos los fines intermedios, la «justicia»¹.

Todos los aspectos de la vida de una sociedad organizada deben ser abarcados cuidadosamente en un «sistema jurídico», pues sólo así es posible alcanzar un estado mínimo de paz y armonía. Sólo así es posible la convivencia.

Cuando una sociedad carece de un verdadero «sistema jurídico», que sirva de sustento básico a sus relaciones cotidianas, se quebrantan sus expectativas de pro-

¹ Como un sustento básico de la conceptualización propia que se esboza en el texto, respecto del término «sistema jurídico», puede consultarse la voz correspondiente en el *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª ed.

greso social y desarrollo humano, pues aun cuando cada miembro puede igualmente progresar, de manera individual, la ausencia de ideales compartidos entre todos y por todos, impide la construcción de una plataforma sólida, donde asentar con firmeza y sustentabilidad la prosperidad y el bienestar. Sin tal «plataforma», es oportuno destacarlo, corre un inmenso riesgo también la continuidad del progreso individual, es decir, de cada uno de los miembros del todo social.

Ahora bien, justamente por lo expresado hasta aquí, se advierte que un «sistema jurídico» no es fruto de una construcción artificial, ni tampoco es consecuencia del trabajo legislativo durante un período de tiempo, sin menoscabar la importancia de tales tareas.

Un «sistema jurídico» consiste, esencialmente, en una estructura normativa e institucional espontánea, que siempre ha existido, y que emerge gallarda y reluciente, casi arrogante, de entre bases culturales comunes de un pueblo. Esa estructura se desarrolla sobre el debate respetuoso y crece al amparo de consensos naturalmente deseados, propuestos y formalizados en los principios y reglas del referido «sistema».

Este trabajo de tesis pone a consideración y debate de la doctrina especializada un estudio e investigación respecto de lo que actualmente «es» —si llegara a aceptarse su existencia— y cómo debería «ser», un sistema jurídico aplicable a los denominados mayoritariamente «servicios públicos» (aquí denominados, preferentemente y con los fundamentos correspondientes, «servicios esenciales»).

Es importante tener en cuenta que, con el uso indistinto de los términos «servicios públicos» o «servicios esenciales», siempre se hace referencia, en el presente estudio, a aquellas actividades de naturaleza económica en cuyo desarrollo se encuentra comprometida la correcta satisfacción de necesidades básicas de la población.

A los efectos de abarcar todos los aspectos del referido «sistema», desde el punto de vista estrictamente normativo el trabajo profundiza sobre los denominados «marcos regulatorios de los servicios públicos», poniendo un especial énfasis, respecto de los documentos referidos, sobre los emanados del Congreso de la Nación para los servicios de transporte y distribución de gas natural y de energía eléctrica, y sus respectivas normas reglamentarias.

Al momento de analizar y opinar respecto de los avances y tendencias jurisprudenciales, atendiendo especialmente a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el estudio avanza en la búsqueda de una «doctrina judicial» o al menos de principios y reglas comunes que autoricen a marcar una tendencia definida.

La bibliografía y doctrina consultadas, así como las opiniones del autor y las propuestas finales de cada tema, pretenden servir, por su generalidad, a la totalidad de las actividades denominadas «servicios públicos», motivo por el cual abarcan tanto la problemática de los servicios de transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural como el servicio de captación, potabilización, transporte y distribución de agua potable y desagües cloacales, de telecomunicaciones y de transporte público de pasajeros.

Ahora bien, primeramente, y como un dato esencial al momento de investigar y opinar respecto de los servicios públicos, es inevitable tener en cuenta que durante la mayor parte de su vida institucional Argentina careció de un verdadero «sistema jurídico» en el campo de las actividades referidas. Es más, aún carece de dicho «sistema», pues aun cuando es dable aceptar que durante los últimos años del siglo XX y los primeros del siglo XXI se notan intentos de construir normativas e instituciones, lejos se está todavía de lograrlo y, por cierto, los últimos tiempos se caracterizan por grandes retrocesos o, al menos, un notorio estancamiento en la materia.

Tal circunstancia puede considerarse, indistintamente, «causa» y «consecuencia» de la ausencia de políticas de Estado elementales y de cuerpos normativos generales, multidisciplinarios, que permitan gestionar y operar con criterios equivalentes tales servicios, legislar sobre principios inamovibles y juzgar, los inevitables conflictos, con lineamientos uniformes y previsibles.

Asimismo, las instituciones creadas a lo largo del tiempo, centralizada o descentralizadamente, sea para la planificación, la regulación, el control o la prestación misma, en la mayoría de los casos sobrellevaron en sus espaldas el peso de las falencias y carencias señaladas en el párrafo anterior, sumándose, además, una marcada desidia e indiferencia de los gobiernos de turno por respetar básicamente los niveles de independencia que las mismas requieren y la especialización y capacitación al momento de seleccionar el factor humano.

En definitiva, desde todo punto de vista, los denominados «servicios públicos» sufrieron en el transcurso de la historia una perniciosa utilización de la discrecionalidad administrativa, por no decir arbitrariedad, «resistieron» la mutabilidad permanente e infundada de sus reglamentaciones, se «deterioraron» ante la «politización» de decisiones fundamentalmente técnicas, pendularon al ritmo de caprichos ideológicos y transitaron, consecuentemente, por un camino sin trazas orientadoras y carentes de un rumbo definido.

Todo ello, en la medida que se trata de actividades estrechamente vinculadas con la salud, la seguridad y el progreso social y económico, terminó afectando gravemente a la totalidad de la población, al obstaculizar el desarrollo productivo, la industrialización y, con ello, las posibilidades ciertas de cada persona para emprender distintas actividades en busca de un mejor futuro.

La compleja realidad del «servicio público», y su carácter multidisciplinario, aconsejó incluir en el presente trabajo, en esta instancia previa al desarrollo del tema principal, una investigación y análisis de los antecedentes históricos del tema y de su evolución jurídica e institucional, razón por la cual conviene esbozar en esta presentación preliminar, una síntesis general del estudio.

La presente síntesis deberá servir de herramienta para una mejor administración y coordinación entre las distintas partes del estudio, al tiempo que se aprovechará como instrumento para su mejor comprensión y entendimiento. Todo ello, teniendo especialmente en cuenta que, más allá de los enormes esfuerzos realizados para estructurar estratégicamente el desarrollo del trabajo, su extensión y complejidad requiere el máximo esfuerzo para articularlo adecuadamente.

La investigación comienza tratando de esclarecer una de las cuestiones más debatidas, en diferentes ámbitos, respecto del principal objeto de estudio, es decir, los entes reguladores. En tal sentido, desde su aparición en el mundo del Derecho, y aún hoy, se discute intensamente sobre la naturaleza jurídica de tales organismos, siendo posible identificar algunas posturas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, excesivamente amplias, que le atribuyen dilatadas funciones y se refieren a ellos «como un Estado dentro del Estado», y otras, excesivamente restringidas, que reducen sus competencias al mero «control» de los servicios públicos, reservando las demás funciones en la Administración central.

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido desde su creación, y hasta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido «caso Estrada»², también tanto en doctrina como en jurisprudencia, la polémica suscitada respecto de la naturaleza jurídica de los entes reguladores fue en crecimiento, superando aspectos meramente jurídicos y vinculándose con posturas y conveniencias de índole «políticas». También económicas.

En realidad, si se atendiera estrictamente a las normas de su creación, debería aceptarse pacíficamente que los entes reguladores son «organismos autárquicos» y, para determinar concretamente sus deberes y atribuciones, sería suficiente con recopilar algunos artículos de los denominados «marcos regulatorios», y sistematizarlos básicamente. Sin embargo, lo realmente sucedido dista mucho de lo expresado, a tal punto que nada parece fácil y sencillo al momento de determinar los alcances de las competencias de los entes reguladores, y ello es así por los siguientes motivos:

i) La reiterativa, y por momentos obstinada, tendencia a comparar los «entes reguladores» creados en nuestro país con organismos similares que funcionan en otros países, como son los Estados Unidos de Norteamérica y el Reino Unido. Sin embargo, tanto desde el punto de vista filosófico como netamente normativo, en muchos casos, sus características individuales suelen ser opuestas o, por lo menos, no coinciden plenamente en las cuestiones más elementales.

ii) La pretensión de construir teorías universales sobre los entes reguladores, lo cual no sólo es incorrecto, sino que además puede ser contraproducente. Esto es así desde que la actuación de las instituciones de regulación, sin perjuicio de presentar bases similares, en su desarrollo presenta una fuerte y marcada dependencia de la situación fáctica y jurídica en que se encuentran las actividades bajo su ámbito de competencias, así como también depende de otras numerosas circunstancias externas a las mismas y que las afectan directa o indirectamente.

iii) La confusión generada por los marcos regulatorios dictados en nuestro país, a partir de expresiones tan ambiguas como imprecisas e indeterminadas jurídicamente. Así sucede, por ejemplo, con la expresa atribución que las leyes realizan en favor de los entes reguladores para el ejercicio por parte de los mismos del «poder de policía sobre el servicio» o de «funciones jurisdiccionales». En gran medida, estos organismos fueron confusamente calificados como «tribunales admi-

² Conocido en el mes de abril del año 2005, es decir, trece años después de la creación del ente regulador cuyas competencias, funciones y potestades son su principal objeto de juzgamiento.

nistrativos» porque los marcos regulatorios les atribuyen tales «funciones jurisdiccionales» y fueron también tachados de inconstitucionales por haber recibido del Congreso de la Nación funciones que le corresponden constitucionalmente al Poder Ejecutivo.

iv) La ausencia de políticas de Estado, definidas y uniformes, respecto de las funciones esenciales que corresponde atribuir a los entes reguladores. Circunstancia que se agrava por la carencia absoluta de una labor educativa pública, orientada a distintos sectores, sobre el sentido de tales instituciones y su carácter de organismos imparciales, independientes y especializados.

v) La imprudente y caprichosa ruptura del «consenso político» y la «aceptación social», requisitos decididamente imprescindibles, respecto de la necesidad de construir verdaderos «sistemas jurídicos» que abarquen los distintos aspectos de los servicios esenciales, dotando a dichos sistemas de coordinación e intangibilidad. Al respecto, es trascendental informar adecuadamente a los sectores políticos y sociales sobre los aspectos que conforman tales sistemas, así como también mostrar acabada y fundadamente, a los mismos sectores, el grave deterioro de la infraestructura social en la materia y la imperiosa necesidad de destinar inversiones para su subsanación.

vi) La falta de una teoría general sobre la regulación pública estatal orientada a los denominados servicios esenciales, teoría que, una vez construida, debería verse reflejada insalvablemente en los pronunciamientos judiciales, las normas jurídicas y los actos administrativos emitidos por cualquier órgano del Estado.

Todo lo indicado contribuyó a la confusión generalizada, y especialmente facilitó las continuas intervenciones, directas o indirectas, sobre los directorios de los entes reguladores, dejando a tales instituciones sucumbir ante el desprestigio social, y obstaculizando —si no suspendiendo— la construcción de una doctrina regulatoria, fundada y equivalente en todo el territorio nacional.

Con las bases referidas brevemente, a continuación se describen, particularmente, cada una de las motivaciones que llevaron a la selección del tema de tesis y a optar por el desarrollo que finalmente se dio al trabajo.

2. LAS MOTIVACIONES POLÍTICAS Y SOCIALES DEL OBJETO SELECCIONADO PARA EL ESTUDIO E INVESTIGACIÓN

Tal como se afirmara al finalizar el título anterior, otorgar a los servicios públicos, «servicios esenciales» para el presente estudio, un tratamiento objetivo y equilibrado en lo atinente a las políticas públicas constituye una imperiosa necesidad que supera las ideologías, los partidismos y las preferencias personales. Es imprescindible independizar el desarrollo de tales actividades de las voluntades humanas, especialmente de aquellas que se dedican a gobernar, desarrollando sistemas perdurables, y sólo variables ante condiciones predeterminadas y bajo procedimientos y formas preestablecidos.

Si bien, luego de décadas sin políticas definidas, los últimos años del siglo XX constituyeron una esperanza de estabilización, especialmente con el dictado de los

denominados «marcos regulatorios» y la creación de los entes reguladores, desde principios del siglo XXI todo lo positivo que se había logrado se va esfumando, y contrariamente, lo negativo parece acentuarse bajo el impulso, y al amparo, de una visión acotada del servicio público, de la regulación estatal y de las instituciones a cargo de su ejercicio.

Ahora bien, lo que realmente estimula a profundizar el estudio de las actividades orientadas a satisfacer necesidades esenciales de la población es la estrecha vinculación que los mismos tienen con la salud, la seguridad, la educación y la vida misma, al tiempo que de tales actividades depende, sin lugar a dudas, una inmensa porción del desarrollo económico y social. Muy pocas cosas pueden concretarse socialmente sin servicios esenciales eficientes y abarcadores, pues la energía, el agua potable, el transporte y las comunicaciones, constituyen el motor del progreso continuo, equitativo y sustentable.

Y este pensamiento es el principal motivo por el cual se dedica una parte importante de este trabajo a estudiar la evolución histórica de la noción del servicio público, tanto en la doctrina jurídica como en la económica, y, a partir de dicha autorizada doctrina, se procura construir un concepto propio del mismo, un tanto innovador, pero fundamentalmente operativo y funcional a sus objetivos.

Sin perjuicio de ello, una especial fuente de inspiración de este trabajo aparece en la investigación que se expone sobre la situación de tales actividades en nuestro país, tanto desde el punto de vista de la infraestructura como de los aspectos funcionales y operativos. Al respecto, el resultado de dicha investigación arroja datos preocupantes, entre los cuales provocan especial alarma los millones de habitantes que no tienen acceso a sistemas de prestación seguros.

Más aún, causa alarma y desazón descubrir que, por tal inaccesibilidad a sistemas seguros, los sectores más carenciados, económicamente, de la población, no sólo deben «pagar» por la energía, el agua potable, el saneamiento y las comunicaciones, entre tres y cinco veces más que los sectores más pudientes, los cuales acceden con mayor facilidad a sistemas seguros, sino que, por acceder precariamente a los servicios esenciales, en muchos casos ponen en riesgo sus vidas y su salud, postergando, además, transitoria o definitivamente sus reales posibilidades de progreso y desarrollo.

Si bien respecto de ningún centro poblacional de la Argentina es posible afirmar que la infraestructura de servicios públicos se encuentra en perfectas condiciones ni que operativamente los servicios superen en demasía las exigencias mínimas, no muy lejos de los principales asentamientos urbanos la situación se torna verdaderamente grave, y basta un evento climático «leve» para que el agua potable deje de serlo, para que la luz «brille» por su ausencia o para que los sistemas de «saneamiento» deban ser interrumpidos por largos períodos de tiempo.

Así es como, todos los años, cientos de niños y ancianos de nuestro país mueren «apretujados» entre sí, intentando protegerse del frío del invierno, sin acceder a una estufa a gas o eléctrica, mientras en las oficinas de los grandes edificios públicos, «estadistas» contra «privatizadores» continúan discutiendo sobre quién debe

operar los servicios públicos. Causa verdadera alarma saber que es ésta una realidad absolutamente desconocida en la mayoría de los casos.

Así es también como miles de niños argentinos padecen infecciones, más o menos graves, que en numerosos casos los conducen a la muerte o a la invalidez, por consumir agua no potabilizada, debido a que la «red» de provisión todavía no llegó a sus hogares. Miles de argentinos no pueden superar saludablemente los cincuenta años de vida por haberse expuesto durante décadas a la «mortal» contaminación de ríos y montañas, fruto de los deteriorados e insuficientes sistemas de depuración de líquidos cloacales. Mientras tanto, los informes oficiales indican, con espantosa frialdad, que los sectores que sólo acceden al agua potable a través de los denominados «grifos comunitarios» ubicados a 100 metros de sus viviendas «deben considerarse como población servida».

Mientras esto sucede, ilustres representantes de la sociedad civil, intelectuales, políticos y funcionarios, se acusan mutuamente de haber «tolerado» empresas públicas «corruptas» y deficitarias o de haber «vendido» a un invisible «imperio invasor» supuestas «joyas de la abuela».

Cientos de escuelas, diariamente, suspenden las clases por repentinos cortes o suspensiones de los servicios esenciales, cientos de hospitales y centros de salud cierran sus puertas en invierno porque, al carecer de gas natural, sus directivos prefieren que los pacientes mueran por falta de atención médica en sus casas a que agonicen de frío en sus instalaciones hasta morir de un paro cardíaco.

Cabe preguntarse si existe conciencia de esta realidad, especialmente cuando se utilizan horas, días, meses y años construyendo teorías sobre los servicios públicos, cuando, desde los gobiernos de los estados se ordena estatizar o privatizar empresas de servicios públicos, sólo porque el antecesor o el enemigo «político» hizo lo contrario y, cuando se «denigra» sin fundamento alguno a las instituciones de control y regulación, sólo porque su existencia y subsistencia obedece a un pensamiento no compartido o a un programa ideado y publicitado por otro gobierno.

Por ello, si bien este trabajo tiene su esencia jurídica, desde un principio se propone mostrar la realidad, en el convencimiento de que sólo así podrá comprenderse la necesidad de construir bases sólidas y consensuadas para los servicios públicos esenciales, tanto respecto de los múltiples aspectos jurídicos como técnicos y económicos. En este marco, deberá definirse de una vez, y en principio para siempre, la modalidad societaria para su prestación, así como la forma como se integrarán y funcionarán las instituciones de control y regulación y los alcances de sus competencias.

3. LAS MOTIVACIONES JURÍDICAS E INSTITUCIONALES DEL OBJETO DE ESTUDIO SELECCIONADO

Es necesario admitir que, más allá de las polémicas doctrinarias y las cargas históricas e ideológicas que llevan sobre sus «espaldas» los aquí identificados como

servicios esenciales —en algunos lugares y para determinadas doctrinas «servicios públicos»³—, por sus características adquieren una importancia fundamental en el desarrollo de las naciones y el bienestar de los pueblos.

Esto es así desde que la calidad de su producto final⁴ y la expansión ordenada y proporcionada del alcance de sus beneficios permiten satisfacer las necesidades más elementales del ser humano. Entre dichas «necesidades básicas» corresponde anotar aquellas que hacen a la vida, la integridad física, la seguridad, la higiene y salubridad, la protección ambiental y el envío y recepción de datos e información, entre otras.

Además, tales servicios son instrumentos para la satisfacción de otras necesidades que, quizás sin recibir el calificativo de «básicas», se conectan estrechamente con el progreso, el trabajo digno y la calidad de vida, todo lo cual posibilita y asegura el progreso y el desarrollo sustentable.

Por ello la calificación o conceptualización de una actividad económica como «servicio público» no responde a un fin en sí misma ni a una mera cuestión doctrinaria o filosófica. Por el contrario, debe funcionar como en una «técnica instrumental», de naturaleza económica y jurídica, que al aplicarse sobre determinada actividad la hace partícipe de un sistema especial de regulación económica por parte del Estado, en su carácter de protector del interés público⁵.

Desde un punto de vista institucional, los últimos años del siglo XX y primeros del siglo XXI vieron nacer masivamente los primeros entes reguladores de servicios públicos⁶, organismos a los cuales se les encomendó la difícil tarea de construir en la práctica ese «sistema especial de regulación económica» al que se hizo referencia. Con el paso del tiempo, la práctica ha permitido comprobar la necesidad de su existencia, así como la importancia de resguardar la integridad de sus competencias

³ Como lo hemos aclarado en la oportunidad debida, para facilitar una lectura más fluida, respecto del término «servicio público», en general y sin pretender esbozar una noción, lo utilizamos para referirnos a aquellas actividades sujetas a un régimen especial de regulación económica por parte del Estado en atención a su estricta vinculación con la satisfacción de necesidades esenciales de la población.

⁴ Es decir, electricidad, agua potabilizada, gas natural, desagües de líquidos cloacales, carreteras para transporte de personas y cosas, comunicaciones en sus distintas modalidades, entre otros.

⁵ El servicio público es un instrumento de satisfacción del interés público y, como tal, constituye una «herramienta» para el progreso del hombre y el desarrollo social. Difícilmente un país o una región pueda desarrollarse sostenidamente, especialmente en lo atinente al factor humano, en la medida que no planifique, estructure y suministre a sus habitantes servicios básicos eficientes a través de la técnica del servicio público.

⁶ Conforme se desarrolla a lo largo del trabajo, en gran parte de los Estados latinoamericanos, y también de otras regiones del mundo, los organismos encargados de la regulación y control de los servicios públicos son indistintamente denominados «sindicaturas de servicios públicos», «entidades autónomas», «entes de contralor» o «comisión de regulación». Así, por ejemplo, el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) en Bolivia (Ley 1600 de 1994); la Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL) en Brasil (Ley 9427 de 1996); la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) de Chile (Ley General de Servicios Públicos de 1989); la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de Colombia (Ley 142 de 1994); el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) en Argentina (Ley 24.065 de 1992). Por ello, cuando se hace referencia a la «institucionalidad regulatoria» o al «sujeto regulador» u «organismo regulador», en el fondo se pretende evitar la individualización o las referencias particularizadas, procurando abarcar en la opinión todo el objeto de estudio. En el caso de la Argentina, respecto del término «entes reguladores», es utilizado aquí en referencia a todo organismo centralizado o descentralizado, con autonomía o autarquía, cuyas funciones sean regular y/o controlar los mencionados servicios públicos.

y de permitir que las mismas sean ejercidas en un ámbito de independencia y especialización.

Es cierto que resta mucho por debatir sobre la naturaleza de la institucionalidad regulatoria y también mucho por analizar, respecto de la justicia, razonabilidad y operatividad de algunos principios y normas que surgen de los distintos ordenamientos jurídicos que dan origen a dichos organismos⁷. No obstante ello, en lo esencial los entes reguladores se han consolidado paulatinamente como partícipes imprescindibles de un sistema que necesita gobiernos y gobernantes conscientes y respetuosos de su trascendencia, empresarios dispuestos a trabajar en convivencia con las ventajas y desventajas de estar sujetos a un sistema de regulación económica y usuarios dotados de verdaderos derechos operativos.

Desde un punto de vista normativo, casi concomitantemente al nacimiento de las instituciones reguladoras referidas, se dictaron los denominados marcos regulatorios para los «servicios públicos», cuerpos normativos integrados por actos de naturaleza legal, reglamentaria y contractual que establecen los derechos y obligaciones de cada actor de la actividad regulada, así como también las normas de calidad, el régimen tributario, los principios tarifarios, sus bases y los procedimientos para su determinación, el área de prestación, el régimen de expansiones, los reglamentos de sanciones y resolución de conflictos y otros aspectos vinculados con las prestaciones, su control y regulación⁸.

Sin embargo, era previsible que el nuevo sistema necesitaría un tiempo razonable para ser conocido, comprendido y aceptado por cada uno de los ciudadanos y funcionarios, incluyendo reguladores y prestatarios, especialmente teniendo en cuenta el vacío normativo e institucional que le había precedido y las novedosas distinciones, hasta ese momento inexistentes, entre el Estado y el prestador, y, entre este último y el organismo regulador.

La continuidad, e incluso el fortalecimiento del proceso de transferencia de las prestaciones al sector privado, la plena integración de este último con el sector público y la consolidación de las instituciones de regulación, podría considerarse una segunda etapa en la transformación y reforma operada sobre las actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de la población⁹, proceso que, con sus aciertos y sus errores, ha permitido «develar» antiguas fallas del sistema, «zonas grises», vacíos normativos, deficiencias estructurales y carencias y deformaciones institucionales existentes y persistentes.

⁷ Cuestión realmente importante y trascendente si tenemos en cuenta que dichos principios y normas sirvieron de fundamento para el dictado de actos, la resolución de conflictos y la aplicación de sanciones por parte de los organismos de regulación y control.

⁸ Sobre el concepto de «marco regulatorio», sin perjuicio del desarrollo que aquí se realiza, se sugiere ampliar en Daniel M. NALLAR, *El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico de la transformación del Estado, las privatizaciones y los entes regulatorios*, Buenos Aires, Depalma, 1999, capítulos V y VI.

⁹ La primera etapa transcurre mediante la elaboración de los marcos de reformas estructurales sobre las empresas prestatarias, los procesos de transferencia de sus acciones o de la gestión de los servicios al sector privado, la elaboración técnica y jurídica de los títulos habilitantes y los marcos regulatorios para el ejercicio de cada actividad.

Finalmente, desde un punto de más genérico y abarcador, se detectan otros aspectos del sistema que no presentan lagunas legales, deficiencias estructurales ni problemas institucionales, pero que generan «fallas» obstaculizantes derivadas esencialmente de una enorme y marcada carencia cultural, la cual necesita ser manifestada, planteada y resuelta, con urgencia, desde un punto de vista fundamentalmente ético¹⁰.

En tal sentido, los distintos sectores políticos, sociales y académicos, deben ser conscientes que en algunos Estados de América Latina, y especialmente en Argentina, han transcurrido muchos años sin líneas de acción claras y definidas en materia de servicios públicos, con criterios cambiantes en lo que hace a su regulación, y notables ineficiencias operativas, con inmensos vacíos normativos y una alarmante inexistencia de controles.

Todo ello no sólo genera los problemas por todos conocidos¹¹, sino que define actitudes en la comunidad que lo padece y provoca un situación muy difícil de modificar, como es el profundo descreimiento en la bondad de cualquier medida, la aceptación de la ilegitimidad como algo legítimo, la resignación a la inoperancia y la anarquía y el acostumbamiento al desorden y la indisciplina¹².

Por ello, si bien la prestación, el control y regulación de los servicios públicos esenciales, debe estudiarse en sus aspectos estructurales e institucionales, cuyas mejoras contribuyen al normal funcionamiento del sistema y al adecuado respeto de los derechos constitucionales, legales y contractuales reconocidos a todas las partes involucradas, es también sumamente importante atender en el estudio, con idénticos niveles de profundización y sistematización, la cuestión cultural, es decir, aquella que, hábitos y actitudes mediante, sirve de sustento, impulso y concreción de los fines y objetivos que justifican y legitiman el «gran» cambio.

¹⁰ Expresa Juan Pablo II, en la *Carta Encíclica Centesimus Annus* (1991), que el «bien común no es la simple suma de los intereses particulares, sino que implica su valorización y armonización, hecha según una equilibrada jerarquía de valores y, en última instancia, según una exacta comprensión de la dignidad y de los derechos de la persona», en tal contexto, agrega entonces que «la economía de mercado no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político». A partir de tal premisa, en el mismo documento se elabora brillantemente el concepto de cultura que adoptamos, calificándola como el «compromiso concreto de solidaridad y caridad que comienza dentro de la familia con la mutua ayuda de los esposos y, luego, con las atenciones que las generaciones se prestan entre sí» y continua con similares estructuras de solidaridad entre sociedades intermedias y luego el Estado. «El individuo hoy día —continúa Juan Pablo II— queda sofocado con frecuencia entre dos polos del Estado y el mercado. En efecto, da la impresión a veces de que sólo existe como productor y consumidor de mercancías, o bien como objeto de la administración del Estado, mientras se olvida que la convivencia entre los hombres no tiene como fin ni el mercado ni el Estado, ya que posee en sí misma un valor singular a cuyo servicio deben estar el Estado y el mercado... Esta búsqueda abierta de la verdad, que se renueva cada generación, caracteriza la cultura de la nación (*vid.* y ampliar en *Carta Encíclica Centesimus Annus...*, capítulo V, especialmente apartados 44 a 50).

¹¹ Desinversión, ausencia de normas tarifarias, bajos niveles de calidad, mala atención a los usuarios, ausencia de planes de contingencias, servicios discontinuos, etc.

¹² Sin temor a exagerar, y con el debido respeto, es oportuno al respecto traer a la memoria aquellas sencillas pero crudas palabras de Juan Bautista Alberdi, respecto de la reticencia natural al cambio, por más ventajoso que sea, expresando que «...no se inicia en los secretos de la libertad al esclavo octogenario, orgulloso de sus canas, de su robustez de viejo, de sus calidades debida a la ventaja de haber nacido primero, recibe el consejo como insulto y la reforma como humillación» (*cfr.* J. B. ALBERDI, *Bases*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, capítulo XXVI, «De la capital de la Confederación Argentina. Todo gobierno nacional es imposible con la capital en Buenos Aires»).