



Circular Letter N° 159 - Entes reguladores y la infraestructura pública

Los reguladores, calidad institucional y desarrollo de la infraestructura pública.

Pablo E. Perrino

Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública*.

Pablo E. Perrino

SUMARIO: I. Infraestructura pública y desarrollo económico social. II. Marco institucional y financiamiento privado de infraestructura pública. III. Los organismos reguladores de servicios públicos. IV. La independencia funcional de los organismos reguladores. V. Diseño institucional de los entes reguladores argentinos. VI. Régimen jurídico de los entes reguladores argentinos. Variedad institucional. a) La oportunidad de creación del organismo regulador. b) El instrumento normativo de creación del ente y que adjudica sus potestades. c) Los procedimientos de designación y remoción de las autoridades de los organismos reguladores. d) La naturaleza y el alcance de las facultades conferidas a los entes. e) Las vías de impugnación en sede administrativa y judicial de los actos emitidos por los entes. VII. La independencia de los entes reguladores. VIII. Conclusión.

I. Infraestructura pública y desarrollo económico social.

En la literatura económica existe un consenso generalizado de que la inversión en infraestructura pública¹ es fundamental para generar el desarrollo económico-social y, de este modo, elevar la calidad de vida de las personas. En general, se considera que una adecuada dotación de infraestructuras básicas provoca un impacto altamente positivo en la productividad, el crecimiento económico y la competitividad internacional de un país y, por sobre todas las cosas, contribuye decisivamente al bienestar y a la prosperidad de la sociedad².

De tal modo, la infraestructura pública incide no solo en las condiciones de vida y salud de la población (v. gr. infraestructura de agua y saneamiento), sino también en el crecimiento de la actividad productiva, pues no es viable un proceso de desarrollo sostenible sin inversiones en infraestructura pública (v. gr. caminos, transporte, telefonía, energía, aeropuertos y puertos, etc.)³.

Por tal motivo, se ha señalado que “la ausencia de una infraestructura adecuada, así como la provisión ineficiente de servicios de infraestructura, constituyen obstáculos de primer

* El presente artículo resulta de la exposición dictada por el Dr. Pablo E. Perrino en el marco de las Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, realizadas los días 18, 19 y 20 de mayo de 2011.

¹ Con la expresión infraestructuras públicas hacemos referencia a toda obra o instalación vinculada a la explotación de un servicio público o que está destinada a un uso general. Sobre el alcance y el desarrollo de esta expresión ver: Villar Ezcurra, José Luis, “Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos”, obra colectiva *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Ariño & Almoguera, Abogados (EDS), Montercorvo, Madrid, 2001, p. 69 y sigs.

² Claro está que la inversión en infraestructura “es una condición necesaria, aunque no suficiente, para el crecimiento. El mayor o menor efecto de estas inversiones estará dado por su complemento con otros factores –capital humano, recursos naturales, tecnología disponible– y también por la oportunidad en que se adicionen a la capacidad instalada, al diseño, a su ubicación y al desequilibrio existente entre la oferta y la demanda de servicios (Banco Mundial, 1994)” (Squiglia, Eduardo; Delgado, Ricardo Raúl y Delgobbo, Alberto Luis, *La infraestructura como factor de desarrollo de las economías regionales*, Buenos Aires, Fundación Benito Roggio, 1995, p. 11).

³ Ver José Manuel Vassallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Corporación Andina de Fomento, 2010, www.caf.com/publicaciones; y Argentina: *infraestructura, ciclo y crecimiento*, Buenos Aires, editado por FIEL, 1998, p. 2 y sigs.

orden para la implementación eficaz de políticas de desarrollo y la obtención de tasas de crecimiento económico que superen los promedios internacionales”⁴.

II. Marco institucional y financiamiento privado de infraestructura pública.

Si bien el Estado suele participar en el financiamiento de la infraestructura pública, tal como ha ocurrido en nuestro país en los últimos tiempos, es una realidad incontestable que los presupuestos estatales no tienen capacidad para cubrir la totalidad de las innumerables y diversas demandas existentes al respecto, ya que también deben satisfacerse otras necesidades básicas de la población como las atinentes a la salud, seguridad social, educación y seguridad, etc., cuya atención por parte del Estado resulta prioritaria e indeclinable. De ahí que, al esfuerzo estatal en el ámbito de la infraestructura, debe sumársele el aporte del sector privado a fin de financiar y desarrollar las obras y los servicios públicos que requiere la sociedad.

La experiencia demuestra que por las características del tipo de inversión que se necesita para el financiamiento de infraestructura pública –ya sea para su expansión como para el mantenimiento de la existente–, juega un papel fundamental la presencia de un entorno económico, político y social razonablemente estable y predecible que asegure y estimule la misma. En efecto, para la generación de infraestructura pública, es una pieza esencial la solidez y eficacia de las instituciones de un país, en tanto constituyen un factor decisivo para su adecuado desarrollo⁵.

Como se destaca en un documento elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo, “los estudios sobre el desarrollo han puesto en evidencia la relevancia que tienen las instituciones en la promoción del progreso, en la medida en que determinan la capacidad de los países para acumular, innovar y asimilar nuevas tecnologías, para hacer que los mercados funcionen correctamente y para conseguir que las tensiones sociales se canalicen de forma pacífica. Así, los logros en materia de desarrollo dependerán en buena medida de la capacidad de diseñar y poner en marcha marcos institucionales que potencien una acción colectiva de calidad y permitan que los incentivos se traduzcan en resultados socialmente deseables”⁶.

Cabe aclarar que cuando nos referimos a las instituciones, lo hacemos concibiéndolas como el conjunto de reglas o restricciones, formales e informales (normas escritas, valores, preceptos éticos, etc.) que articulan y organizan las interacciones económicas, sociales y políticas entre los individuos y los grupos sociales, y cuya importancia radica en que reducen los llamados costos de transacción, definen los incentivos para que los agentes económicos actúen y tomen decisiones, y establecen los medios para asegurar el cumplimiento de las normas y de los contratos⁷.

Las instituciones, en tanto crean un marco social, económico y político predecible sobre la futura conducta de los agentes u organismos, acotan la incertidumbre propia de cualquier proyecto de inversión y, por ende, facilitan intercambios económicos eficientes y fomentan

⁴ Rozas, Patricio y Sánchez, Ricardo *Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual*, Santiago de Chile, CEPAL, Serie Recursos naturales e infraestructura, N° 75, octubre de 2004.

⁵ Desde hace tiempo el Banco Interamericano de Desarrollo viene sosteniendo que las instituciones desempeñan una función clave en el desarrollo (ver: Sangines, Mario F., “Estrategia sectorial sobre las instituciones para el crecimiento y el bienestar social”, BID, 2011, <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35580127>).

⁶ “República del Perú: evaluación de la gobernabilidad democrática”, Serie de Estudios Económicos y Sectoriales, febrero 2007, p. 155, <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=917346>.

⁷ North, Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 13/14.

un ámbito propicio para el crecimiento y la inversión⁸.

Con acierto se ha señalado que “los niveles de estabilidad, adaptabilidad, credibilidad y transparencia de las políticas, entre otros atributos, se ven influenciados por la forma en que se proponen, discuten, procesan e implementan las mismas, en la medida en que son el resultado del juego entre los agentes relevantes en el terreno político. Los elementos que dan forma a la institucionalidad política en particular y al entorno institucional en general se suman a los aspectos históricos e idiosincrásicos de los diversos países para marcar los límites dentro de los cuales se pueden mover los agentes, en un marco de transacciones políticas intertemporales y complejas”⁹.

Pues bien, cuando el entorno político, económico o social es inestable o débil, los proyectos que requieren inversiones iniciales cuantiosas y con prolongados períodos de recupero —como suelen ser los de infraestructura pública—, aumentan considerablemente la exposición a riesgos y, como contrapartida, se incrementan los costos financieros para su ejecución¹⁰, llegando, incluso, en algunos casos, al punto de tornarlos inviables¹¹.

Es sabido que, por sus características, la inversión en infraestructura pública presenta una elevada vulnerabilidad, pues, además del riesgo comercial propio de todo emprendimiento económico (v. gr., sobre costos por errores de estimación, sobreestimación de la demanda esperada de los servicios prestados, riesgos de crédito en el cobro de los servicios, etc.), está también sujeta a riesgos políticos de distinta índole (v. gr., nacionalización de los activos o del capital; prohibición de convertir los ingresos y/o beneficios obtenidos en moneda local a divisas internacionales y prohibición de sacar del país dichas divisas, acciones asociadas a procesos revolucionarios, conflictos civiles o terrorismo; incumplimiento estatal de los contratos, riesgo regulatorio derivado del cambio en la regulación fiscal, laboral, medioambiental, etc.)¹².

En tal sentido, han puesto de resalto Levy y Spiller¹³ que la principal diferencia entre los activos de infraestructura pública y otros tipos de capital está dada por el gran número de imperfecciones de mercado que caracteriza al sector de las infraestructuras, lo que hace que la acumulación y operación de estos activos torne necesario contar con normas que regulen la interacción de las partes, y en consecuencia, una amplia intervención estatal. Entre las imperfecciones o fallas de mercado que estos autores identifican en la provisión de servicios de infraestructura, se encuentran la presencia de activos hundidos (con altos

⁸ Ayala Espino, José, *Instituciones para mejor el desarrollo. Un nuevo pacto social para el crecimiento y el bienestar*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 12.

⁹ Bergara, Mario y Pereyra, Andrés *El Proceso de Diseño e Implementación de Políticas y las Reformas en los Servicios Públicos*, Departamento de Economía, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República de Uruguay, Documentos de Trabajo, Documento n° 17/05, p. 1.
<http://www.fcs.edu.uy/archivos/Doc1705.pdf>.

¹⁰ En tal sentido ha señalado Cassagne: “Como condición básica para la implementación del financiamiento privado de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica, a través de regulaciones razonables y, sobre todo, estables, destinadas a perdurar en el tiempo, no solo porque éste es un factor preponderante para atraer la participación misma del sector privado en emprendimientos públicos, sino también, como lo ha reconocido el propio Estado, porque el riesgo derivado de la falta de seguridad jurídica es un elemento que indudablemente encarece las obras” (Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, pp. 274/275).

¹¹ *Financiamiento privado de infraestructuras. Estudio de alternativas y experiencias en proyectos de participación público-privada para América del Sur. Sector transporte*, Corporación Andina de Fomento, 2008, p. 198, <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2008/01701.pdf>

¹² Ver: Contreras Gómez, Carlos, “Un mecanismo de incentivos para la cobertura del riesgo regulatorio en concesiones de infraestructuras”, Madrid, Documentos de Trabajo n° 7/08, Instituto de Estudios Fiscales, 2008, pp. 8 y 9; http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2008_07.pdf.

¹³ Levy, Brian y Spiller, Pablo, *Regulations, Institutions and Commitment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

capitales invertidos) que no pueden ser desmontados una vez instalados; tecnologías con importantes economías de escala; y el carácter de consumo masivo que tienen los servicios prestados que los hace muy sensibles a las decisiones políticas. Este último aspecto alienta la implementación de distintas regulaciones y controles por parte de los gobiernos, no solo para solucionar imperfecciones y externalidades, sino también como instrumento de política económica (por ejemplo, para redistribuir el ingreso).

Las singularidades señaladas del sector de las infraestructuras públicas denotan que el entorno institucional juega un rol crucial en cuanto a otorgar credibilidad y estabilidad a las políticas en estos mercados, así como a limitar la capacidad de captura de los órganos ejecutivos y regulatorios¹⁴. De ahí que para su desarrollo adecuado resulta imperioso contar con un marco institucional que, a través de reglas de juego claras, transparentes y previsibles, garantice la equidad para todos los actores involucrados; y otorgue credibilidad, previsibilidad y estabilidad a las políticas públicas.

III. Los organismos reguladores de servicios públicos.

En materia de infraestructura vinculada a servicios públicos, uno de los instrumentos más importantes pergeñados a fin de establecer reglas de juego claras y estables son los organismos reguladores independientes del poder político.

La función primordial de estos organismos independientes de la Administración central, inspirados en el modelo de las comisiones independientes de los Estados Unidos, es la de velar por el adecuado funcionamiento de los sectores económicos bajo su supervisión a fin de garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de servicios competitivos y de alta calidad en beneficio de los usuarios¹⁵.

Los organismos reguladores se desarrollaron en el derecho iberoamericano con motivo de la implantación del nuevo modelo de prestación de servicios públicos surgido en el marco del profundo proceso de reforma del Estado y privatizaciones de servicios públicos, llevado a cabo a finales de los años ochenta y los noventa del pasado siglo, en el que se generalizó en esos sectores la utilización de técnicas de regulación dentro de un marco regido por la libertad de empresa y la competencia.

La aparición de organismos reguladores independientes es una consecuencia natural de este nuevo modelo de regulación orientado a preservar la competencia de los mercados, en el cual, a fin de respetar la igualdad entre todos los operadores del sector¹⁶, la separación

¹⁴ Spiller, Pablo, "La regulación de los servicios públicos en la Argentina, una propuesta de reforma institucional", cuaderno, 3, marzo de 1999, <http://faculty.udes.edu.ar/tommasi/cedi/cos/co3.PDF>.

¹⁵ Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Granada, Comares, 2004, p. 642.

¹⁶ Muñoz Machado, Santiago, "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en la obra colectiva *Regulación económica, I Fundamentos e instituciones de la regulación*, dirigida por Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José, Madrid, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, p. 133. En tal sentido se ha escrito: "Permitir una auténtica competencia en estos sectores supone romper una barrera ya no jurídica, que quiebra al abrirse determinados segmentos del sector a la competencia, generando con ello un derecho de los operadores que cumplan los requisitos para actuar en el sector; sino estrictamente de hecho, la necesidad de establecer las condiciones para que el viejo monopolista no abuse de su situación preponderante en el sector, para impedir una auténtica competencia en el mismo. Tarea que difícilmente se iba a hacer posible si se deja la responsabilidad de regular y controlar el sector a un ente vinculado o favorable en cierta manera a ese operador. En cierto modo esto vendría a ser tanto como dejar al lobo al cuidado de los corderos". (Sendín García, Miguel Ángel y Navarro Medal, Karlos, "El control jurídico de las agencias reguladoras de servicios públicos", obra colectiva *Derecho Administrativo Iberoamericano. Discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores*, 2010, p. 524, <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/?tipo=cendojcat&s=foro+iberoamericano&categoria=>.

de las funciones de prestador del servicio de la del regulador que antes estaban concentrados en el sector público constituye uno de sus principios fundamentales¹⁷.

IV. La independencia funcional de los organismos reguladores.

La idoneidad técnica y la independencia funcional de los organismos reguladores son datos fundamentales y característicos de este tipo de administración e imprescindibles para el correcto cumplimiento de sus delicadas funciones y potestades que ejercitan y la racionalidad de sus decisiones.

En virtud del ámbito técnico y complejo en el que se deben desenvolver los entes reguladores sus integrantes deben contar con los conocimientos y la experiencia adecuados para ordenar y supervisar los sectores bajo su mandato. Frente al funcionario ordinario se busca al experto específico que tenga un conocimiento previo profundo de la realidad y que funcione como una suerte de contrapoder de los órganos políticos y de las empresas privadas.

La especialización y el profesionalismo del personal de las agencias reguladoras son claves para asegurar la racionalidad e imparcialidad de sus decisiones frente al poder político y a los sujetos controlados.

Si con los entes reguladores se aspira a brindar previsibilidad y estabilidad a las decisiones públicas y, de este modo, proteger a los usuarios (actuales y futuros) y minimizar el denominado oportunismo gubernamental al que se ven expuestos las empresas prestadoras de servicios públicos¹⁸, es necesario que estos organismos cuenten con la pertinente competencia técnica y estén suficientemente separados de las autoridades políticas, ocupadas normalmente por dar respuesta a intereses cortoplacistas, con olvido de objetivos de largo plazo, como, asimismo, de la interferencia o captura de los sujetos sobre los que debe recaer su control¹⁹.

Claro está que la independencia funcional que se predica de estos organismos no es absoluta, pues no significa la ruptura total de lazos con el Poder Ejecutivo y con el Poder Legislativo, quienes, por lo demás, son los únicos competentes y democráticamente legitimados para definir los lineamientos y objetivos de política económica, tarea ajena a los entes reguladores, quienes no definen políticas, sino que las ejecutan²⁰. De ahí que se acepte que la independencia del ente regulador apunta al reforzamiento de la autonomía funcional de su gestión²¹ para el desarrollo de sus competencias, para lo cual se entiende

¹⁷ Tal fue lo que ocurrió en Argentina. Después de la reestructuración del Estado que tuvo su punto de inicio en la Ley N° 23.696 de 1989, quedaron netamente separadas las funciones de planificación y establecimiento de políticas, prestación de servicios, regulación, otorgamiento de los títulos habilitantes de prestación y control público sobre los actores del sistema (Mata, Ismael, *Ensayos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, p. 104 y *Panorama del control de los entes reguladores*, EDA, 2001-610).

¹⁸ “En general, el motivo básico para diseñar instituciones autónomas (del poder político) es contribuir a la previsibilidad y estabilidad de las decisiones públicas. En el campo específico de los organismos reguladores, la autonomía se visualiza como el instrumento que otorga previsibilidad al ajuste contractual empresa-Estado en presencia de inversiones hundidas, como forma de incrementar las inversiones y el desarrollo del sector (además de incrementar el valor de los activos transferidos en una privatización)”, Urbiztondo, Santiago; Artana, Daniel y Navajas, Fernando, “La Autonomía de los Entes Reguladores Argentinos: Agua y Cloacas, Gas Natural, Energía Eléctrica y Telecomunicaciones”, http://www.aep.org.ar/espa/anales/pdf/urbiztondo_artana_navajas.pdf.

¹⁹ Ariño Ortiz, Gaspar, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 378.

²⁰ Ariño Ortiz, Gaspar, “Sobre la naturaleza y la razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario”, *Revista Eletronica do Directo Administrativo Económico (Redae)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 10, maio/junho/julio, 2007, <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>.

²¹ García de Enterría y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., T. I, Madrid, 2000, p. 429.

deben estar al margen de los poderes de dirección del Poder Ejecutivo.

Con base en lo expuesto, fácil es comprender que la designación, conformación y el plazo de duración de las autoridades directivas constituyen cuestiones medulares que hacen a la autonomía funcional de los organismos reguladores. En efecto, la forma de selección, nombramiento y remoción de las autoridades rectoras de los organismos reguladores constituye un elemento clave para protegerlos de las influencias o presiones de los sectores políticos y económicos. De ahí que, por la naturaleza y las características de la labor del regulador, el proceso de selección de los miembros directivos debe estar basado en criterios objetivos de mérito y capacidad mediante procedimientos transparentes que aseguren su alta calificación profesional y objetividad de juicio.

Pero además de ello, las autoridades de los entes deben contar con un régimen de estabilidad que los proteja de remociones discrecionales durante la vigencia de sus mandatos, tales como la regulación tasada de las causales de cese, previo sumario administrativo, en el cual se asegure el ejercicio del derecho de defensa²².

Asimismo, es conveniente que los plazos de duración de los mandatos de las autoridades directivas no coincidan con los propios de las autoridades gubernamentales, de modo que la alternancia en los gobiernos no tenga efectos traumáticos sobre los reguladores²³.

Por supuesto que también son determinantes de la mayor o menor autonomía funcional de los organismos reguladores la ubicación institucional dentro de la estructura administrativa y la forma en que se define su relación con la Administración central, la naturaleza y el real alcance de las facultades que se les asignen, así como la posibilidad de que los órganos de la Administración central revisen sus decisiones (v. gr., debido a la interposición de un recurso administrativo) y la forma en que esté previsto su financiamiento²⁴.

V. Diseño institucional de los entes reguladores argentinos.

Al igual que en otras experiencias internacionales, la creación de organismos de regulación en Argentina se produjo en el marco del profundo proceso de reforma del Estado y privatizaciones de servicios públicos²⁵ llevado a cabo a partir del dictado de la Ley N°

²² Comadira, Julio R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis AbeledoPerrot, 2003, pp. 647/650.

²³ Ariño Ortiz, "Sobre la naturaleza y la razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario", *Revista Eletronica do Directo Administrativo Económico (Redae)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 10, maio/junho/julio, 2007, <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. En tal sentido se ha escrito que "el resguardo de la independencia de las agencias reguladoras se funda en la necesidad de dar continuidad a la labor de los equipos técnicos y de las autoridades político-administrativas, más allá de la duración de un gobierno", agregándose que "también pretende aislarlos de presiones políticas y así brindarles mayores posibilidades de que su acción se guíe fundamentalmente por criterios técnicos" (Oszlak, Oscar; Felder, Ruth y Forcinito, Karina, "La capacidad regulatoria del Estado en Argentina", p. 38; documento elaborado por el Área de Investigación de Privatización y Regulación de Servicios Públicos de la Maestría en Administración Pública de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, abril de 2000, <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docolec/MU2698.pdf>).

²⁴ Navarro Rodríguez, Pilar, *La Comisión Nacional de Energía. Naturaleza, funciones y régimen jurídico*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 303 y sigs.

²⁵ Nallar Dera, Daniel Mauro, *Regulación y control de los servicios públicos*, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2010, p. 355 y sigs. "El proceso de privatizaciones que tuvo lugar en Argentina fue profundo y acelerado. El traspaso de los activos del sector público hacia el sector privado se inició en 1990. Como una muestra de la mencionada celeridad baste recordar que tres años después de iniciado el proceso, ya habían sido vendidas las empresas estatales de mayor cotización, se habían recaudado más de 9.000 millones de dólares en efectivo y se había reducido deuda externa por un valor de mercado de aproximadamente 4.600 millones de dólares. Los montos recaudados por la venta de los activos durante toda la década alcanzaron los 24.000 millones de dólares, si se considera tanto el ingreso en efectivo como los pasivos transferidos. Las privatizaciones incluyeron la empresa petrolera, bancos, ferrocarriles, empresas de producción, transporte y

23.696 del año 1989²⁶.

En ese escenario, en el cual el Estado dejó de participar en la producción de bienes y en la prestación de servicios y pasó a desempeñar funciones de regulación y control, irrumpieron en el firmamento del derecho argentino un sinnúmero de nuevas estructuras administrativas, denominadas entes reguladores, con la función primordial de asegurar el buen funcionamiento de los sectores privatizados, para lo cual se los ha dotado de facultades administrativas, normativas y, en algunos casos, de naturaleza jurisdiccional²⁷. Así, en la mayoría de los marcos regulatorios se pone en cabeza de los entes reguladores las siguientes tareas: a- hacer cumplir las disposiciones del marco regulatorio y del contrato de concesión; b- velar por la calidad y la seguridad de los servicios que presta su regulado; c- prevenir conductas anticompetitivas y monopólicas; d- aplicar sanciones a las empresas por incumplimiento de las obligaciones asumidas; e- aprobar –en aquellos casos que corresponda– los planes de mejoras y expansión del servicio y controlar su cumplimiento; f- atender los reclamos de los usuarios; g- aprobar los cuadros tarifarios; h- propiciar ante el Poder Ejecutivo la cesión, prórroga o caducidad del contrato, etc. Si bien el diseño adoptado por Argentina fue el de agencia sectorial independiente, siguiendo el modelo de las “*Independent Regulatory Commission*” de los Estados Unidos, los entes reguladores argentinos presentan una naturaleza y características que las distinguen del modelo referencial.

En efecto, la mayoría de los entes reguladores argentinos se constituyó acudiendo al tradicional modelo continental europeo de la entidad administrativa autárquica²⁸, que era el formato también utilizado por otras autoridades administrativas de regulación y control de sectores económicos, ya existentes al tiempo de creación de los entes reguladores, tales como el Banco Central de la República²⁹ y la Superintendencia de Seguros de la Nación³⁰. Por tal motivo, los organismos reguladores argentinos son personas públicas estatales que forman parte de la Administración pública descentralizada, no dependen del Poder

distribución de gas natural y electricidad, de telecomunicaciones, puertos, agua y servicios sanitarios, empresas siderúrgicas, químicas y del área de defensa, entre otras. El volumen de ventas en concepto de privatizaciones representó un 9% del PIB promedio anual correspondiente al período 1990-1994”

[Gerchunoff, Pablo; Greco, Esteban y Bondorevsky, Diego, “Comienzos diversos, distintas trayectorias y final abierto: más de una década de privatizaciones en Argentina, 1990-2002”, Serie Gestión Pública N° 34, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), CEPAL, Santiago de Chile, abril de 2003, p. 11, <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cepal/gespub/34.pdf>].

²⁶ Como señala Mata, después de la reforma del Estado quedaron netamente separadas las funciones de: planificación y establecimiento de políticas, prestación de servicios, regulación, otorgamiento de los títulos habilitantes de prestación y control público sobre los actores del sistema (Mata, Ismael, *Ensayos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, p. 104 y *Panorama del control de los entes reguladores*, EDA, 2001-610).

²⁷ Ver Bianchi, Alberto B., *La regulación económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 214.

²⁸ Cassagne, *Derecho administrativo*, 9ª ed., T. I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, p. 348 y Bianchi, *La regulación económica*, op. cit., p. 214 y sigs. Como explica Marienhoff, una entidad autárquica es una “persona pública estatal que, con aptitud legal para administrarse a sí misma, cumple fines públicos específicos” (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., T. I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1977, p. 384).

²⁹ El Banco Central de la República Argentina es una entidad autárquica nacional, cuya misión primaria y fundamental es preservar el valor de la moneda. Entre otras funciones le corresponde vigilar el buen funcionamiento del mercado financiero y aplicar la Ley de Entidades Financieras y demás normas que se dicten, actuar como agente financiero del Gobierno Nacional, concentrar y administrar sus reservas de oro, divisas y otros activos externos, y propender al desarrollo y fortalecimiento del mercado de capitales y ejecutar la política cambiaria (Arts. 1º y 3º de la Ley N° 24.144).

³⁰ La Superintendencia de Seguros de la Nación es una entidad autárquica encargada de ejercer la supervisión de las entidades de seguros y reaseguros en la República Argentina con el propósito de procurar un mercado solvente, estable y eficiente (Arts. 64 y 65 de la Ley N° 20.091).

Legislativo, y, salvo algunos casos excepcionales, están alcanzados por los poderes de tutela del Poder Ejecutivo y sometidos a su injerencia tanto en lo que hace a la designación y remoción de las autoridades, revisión de sus decisiones, como al desarrollo de la política regulatoria y a su sostenimiento presupuestario³¹.

Se ha justificado esta forma de organización y encuadramiento de los entes reguladores en el texto del Artículo 99, inc. 1º de la Constitución Nacional, que atribuye al Poder Ejecutivo la titularidad de la Jefatura de la Administración pública y la condición de ser el máximo responsable político de la organización administrativa del país³². Sin embargo, dicho argumento ha sido rebatido por quienes consideran que la recepción constitucional de los entes reguladores en el tercer párrafo del Artículo 42 de la Constitución Nacional, con la denominación de “organismos de control”³³, permite sostener que se trata de órganos constitucionales de existencia necesaria que tienen una amplia autonomía funcional, por lo que deben funcionar al margen de los poderes de dirección del Poder Ejecutivo³⁴.

Más allá de las discrepancias referidas, en el orden nacional la realidad demuestra que la mayoría de los entes reguladores de servicios públicos se han constituido como entidades autárquicas³⁵, por lo que, como lo ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación, integran los cuadros de la Administración pública y, si bien no dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo Nacional, dicho órgano ejerce sobre ellos el control administrativo o de tutela, el cual no alcanza a las cuestiones de naturaleza técnica encomendadas exclusivamente a los entes reguladores en función de su idoneidad técnica, salvo que se

³¹ Ver Cassagne, *Derecho Administrativo*, op. cit., T. I, pp. 348/349.

³² Ver Comadira, Julio R., “Los sujetos reguladores en la postprivatización”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 183:28, Buenos Aires, Ediciones Rap, 1993.

³³ La norma dispone: “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”. Como surge de su lectura, la cláusula constitucional es muy parca al respecto y no aporta muchos elementos para delimitar qué debe entenderse por “organismos de control”. En efecto, en ella no se precisan cuáles son las funciones concretas de tales autoridades, ni se efectúa alguna referencia al diseño institucional de los organismos de control, como ocurre con otras disposiciones incorporadas por el mismo constituyente del año 1994. Tal es el caso del Artículo 85 que, al referirse a la Auditoría General de la Nación, además de establecer claramente sus funciones, dispone que goza de “autonomía funcional”, o el Artículo 86 atinente al Defensor del Pueblo, en el cual se precisa que “es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad”. A pesar de lo lacónico del texto del Artículo 42 de la Constitución, está implícito en el mismo que para el desarrollo de la función de control que allí se contempla es imprescindible que los organismos cuenten con una suficiente y adecuada independencia funcional (autonomía) para lo cual el otorgamiento de una personalidad jurídica propia y diferenciada es instrumentalmente conveniente.

³⁴ Reiriz, María Graciela, “Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de los servicios públicos”, obra colectiva *Temas de Derecho Administrativo en honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Editora Platense, 2003, p. 277. En este sentido sostiene Mario Rejtman Farah: “Estos entes no son, a nuestro juicio, similares a los autárquicos institucionales, tradicionalmente conocidos; no tienen las modalidades y características propias de aquellos, conforme a los principios propios de la organización administrativa tradicional” (Rejtman Farah, Mario, “¿Independencia de los entes reguladores?”, obra colectiva *Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011, p. 509 y sigs.). Sus finalidades, competencias, funciones y la particular regulación que respecto de ellos hace el Artículo 42 de la Constitución Nacional les otorga notas y particularidades diferenciadoras de aquellos (“¿Independencia de los entes reguladores?”, publicado en op. cit., p. 511).

³⁵ V. gr. ENARGAS (Art. 51, Ley Nº 24.076); ENRE (Art. 55, Ley Nº 24.065); ORSNA (Art. 16, Decreto Nº 375/1997); ERAS (Art. 2º del Convenio tripartito celebrado entre el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado por Ley Nº 26.221).

configure un supuesto de arbitrariedad³⁶.

Todos los entes reguladores en Argentina están dirigidos por un órgano colegiado denominado directorio, lo cual persigue dotar a la decisión regulatoria de un mayor debate, derivado de la pluralidad de opiniones, como así también de una mayor transparencia. Además, a fin de asegurar la idoneidad técnica y la independencia en el desempeño de los entes, en general, en los marcos regulatorios sectoriales se exige el nombramiento de los integrantes de los directorios entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia³⁷, se establece un sistema de incompatibilidades y la dedicación exclusiva en el ejercicio de la función³⁸.

Los entes reguladores de servicios públicos cuya regulación compete al Gobierno Federal están sujetos al control de la Sindicatura General de la Nación³⁹ y la Auditoría General de la Nación⁴⁰ y con excepción de algunos trámites específicos que han sido puntualmente reglados (v. gr., impugnación administrativa y procedimientos de participación ciudadana en la toma de ciertas decisiones⁴¹) se aplican a los entes reguladores las normas de procedimiento administrativo contenidas en el Decreto Ley N° 19.549 y su Decreto reglamentario N° 1.759/1972 (t.o. 1991).

Fuera de los aspectos comunes antes indicados que presenta la mayoría de los entes reguladores argentinos, median importantes diferencias en su régimen jurídico que dificultan su sistematización⁴².

La razón de ser del heterogéneo panorama argentino es que, al contrario de lo sucedido en otros países, en el nuestro no hubo un criterio rector (o un *masterplan*) que definiera ciertas pautas o premisas básicas a tener cuenta en todos los proyectos de privatización, lo cual se manifestó en los respectivos marcos regulatorios y en la creación de las organizaciones reguladoras⁴³.

Además, en las operaciones privatizadoras no siempre primaron objetivos homogéneos. Ello, claramente, se reflejó en su régimen jurídico y económico. Así, por ejemplo, en las primeras privatizaciones, efectuadas a principios de los noventa en un marco macroeconómico apremiante, se priorizaron consideraciones fiscales suscitadas por las pérdidas que generaban las empresas públicas y la necesidad de contar con fondos frescos para financiar el enorme déficit presupuestario que atravesaba el Estado Nacional⁴⁴. Por tanto, se prestó mucha más atención a cómo hacer atractivas y exitosas dichas operaciones que a la búsqueda de eficiencia y competencia.

Confirmando lo antes expresado acerca de la importancia de la institucionalidad regulatoria, aquellas privatizaciones que se realizaron con predominio de motivaciones

³⁶ *Dictámenes*: 239:115.

³⁷ V. gr. Arts. 58, Ley N° 24.065; 54, Ley N° 24.076 y 14, Decreto N° 1.185/1990.

³⁸ Arts. 59, Ley N° 24.065 y 55, Ley N° 24.076.

³⁹ Arts. 7° y 96 de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, N° 24.156.

⁴⁰ Art. 85 de la Constitución Nacional y Arts. 7° y 118 de la Ley N° 24.156, de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

⁴¹ En algunos marcos regulatorios se estableció el procedimiento de audiencia pública para la adopción de ciertas decisiones puntuales. Así lo hacen, por ejemplo, el marco regulatorio del gas (Arts. 6°, 16, 18, 29, 46, 47 y 68, Ley N° 24.156) y el marco regulatorio eléctrico (Arts. 11, 32, 49, 73 y 74, Ley N° 24.065).

⁴² Cassagne, *Derecho administrativo*, op. cit., T. I, p. 348.

⁴³ Martínez de Vedia, Rodolfo, *Los servicios públicos nacionales (situación actual)*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010, p. 16.

⁴⁴ Gerchunoff, Pablo; Greco, Esteban y Bondorevsk, Diego, "Comienzos diversos, distintas trayectorias y final abierto: más de una década de privatizaciones en Argentina, 1990-2002", Serie Gestión Pública N° 34, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), CEPAL, Santiago de Chile, abril de 2003, <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cepal/gespub/34.pdf>.

fiscales tuvieron diseños regulatorios más precarios, lo cual derivó en una limitada eficiencia regulatoria⁴⁵ y una carencia muy marcada de capacidad, en el uso y el desarrollo de instrumentos de control, todo lo cual se reflejó en las estructuras administrativas reguladoras⁴⁶. En cambio, los casos en los que se ponderaron con mayor intensidad los objetivos de eficiencia y progresos en la competitividad de la economía, y en los que se pudo capitalizar la experiencia adquirida, contaron, en general, con un diseño institucional más organizado y con un diseño regulatorio consistente. Fiel ejemplo de ello fueron las privatizaciones del gas y de la energía eléctrica⁴⁷.

VI. Régimen jurídico de los entes reguladores argentinos. Variedad institucional.

Como se destacó anteriormente, Argentina carece de un régimen normativo general en el cual se regulen las funciones y los roles de los distintos actores del proceso regulatorio. Las competencias, facultades y la estructura organizacional de los entes reguladores están establecidas de manera dispersa en los respectivos marcos regulatorios de los servicios públicos sectoriales.

No puede decirse que en el derecho argentino exista un modelo o concepto homogéneo de ente regulador⁴⁸, pues existen diferencias relevantes en diversos aspectos de su configuración.

Seguidamente y en forma sucinta mencionaremos las principales.

a) La oportunidad de creación del organismo regulador.

En algunos casos la creación de la autoridad reguladora se produjo con anterioridad a la privatización del servicio⁴⁹ y en otras a posteriori⁵⁰.

b) El instrumento normativo de creación del ente y que adjudica sus potestades.

Mientras que en un número importante de casos ello tuvo lugar mediante decretos del Poder Ejecutivo⁵¹, en otros se lo hizo por ley⁵².

⁴⁵ Ciertamente, en muchos casos los errores iniciales fueron corregidos y se alcanzaron posteriormente resultados satisfactorios.

⁴⁶ Gerchunoff, Pablo; Greco, Esteban y Bondorevsk, Diego, "Comienzos diversos, distintas trayectorias y final abierto: más de una década de privatizaciones en Argentina, 1990-2002", Serie Gestión Pública N° 34, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), CEPAL, Santiago de Chile, abril de 2003, <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cepal/gespub/34.pdf>. En tal sentido señala Oscar Oszlak: "En varios casos, la 'urgencia' por privatizar relegó a un segundo plano el diseño idóneo de un marco regulatorio. El caso argentino es paradigmático en tal sentido. Durante la primera etapa de la reforma del Estado, se priorizó el objetivo de restringir la intervención estatal, lo cual se verificó, entre otras cosas, en la concreción de las transferencias de empresas públicas al sector privado. Esta orientación política tuvo fuerte incidencia sobre la secuencia seguida por la privatización de los servicios, la sanción de los marcos regulatorios y la creación de los órganos reguladores correspondientes. El problema central, que permitiría explicar la creación tardía de algunos de los organismos de regulación, fue la ausencia de criterios preestablecidos acerca del funcionamiento esperado de los servicios y de los propios organismos de control" ("Privatización y capacidad de regulación estatal: una aproximación teórico metodológica", publicado en la obra colectiva *Política y gestión pública*, Buenos Aires, CLAD-Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 24).

⁴⁷ Bogo, Jorge, "La organización institucional de los servicios públicos: una posible agenda de reformas", documento preparado para el proyecto "Balance del proceso de transformación de los servicios de infraestructura en la República Argentina", Buenos Aires, 2004, p. 5 (<http://www.fundacionfines.org.ar/12-2004/documents/Bogo/Jorge%20BOGO%20-%20Paper.doc>).

⁴⁸ Ver Bianchi, *La regulación económica*, op. cit., p. 214 y sigs.

⁴⁹ V. gr. telefonía.

⁵⁰ V. gr. gas y electricidad.

c) Los procedimientos de designación y remoción de las autoridades de los organismos reguladores.

En el orden nacional, solo en el caso de los entes reguladores de la electricidad (ENRE⁵³) y gas (ENARGAS)⁵⁴ se exige que los miembros de los directorios respectivos sean nombrados por el Poder Ejecutivo, por cinco años, con intervención del Congreso, sobre la base de un procedimiento de selección abierto. A su vez, en lo que concierne a la remoción de los directivos de los mencionados entes los marcos regulatorios establecen que puede tener lugar por acto fundado del Poder Ejecutivo, previa comunicación de los fundamentos de la decisión a una Comisión del Congreso de la Nación, la cual *debe* en el caso del ENARGAS y *puede* en el caso del ENRE expedirse dentro del plazo de treinta días corridos⁵⁵.

En los restantes marcos regulatorios de servicios públicos, no se han contemplado procedimientos de selección que aseguren la profesionalidad e independencia de juicio de los integrantes del directorio, por lo que los nombramientos obedecen exclusivamente a decisiones discrecionales del Poder Ejecutivo⁵⁶.

d) La naturaleza y el alcance de las facultades conferidas a los entes.

Si bien todos los marcos regulatorios asignan a los entes facultades ejecutivas, normativas, de control, de sanción y también para la resolución de los conflictos que se susciten en el sector bajo su supervisión, median profundas diferencias en cuanto a su extensión y contenido.

A modo de ejemplo cabe señalar las relevantes diferencias que se advierten en la forma en que ha reglado la potestad de los entes para resolver controversias, pues mientras que en algunos casos es obligatorio para los particulares someter el conflicto a la competencia

⁵¹ Por Decreto N° 1.185/1990 se creó la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNT). Con posterioridad, mediante el Decreto N° 660/1996, con las modificaciones introducidas por sus similares N° 952/1996 y N° 1.260/1996, se creó la Comisión Nacional de Comunicaciones a partir de la fusión de la CNT y la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT). A su vez, mediante el Art. 40 del Decreto N° 660/1996 se creó la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), a partir de la fusión de la Comisión Nacional de Transporte Automotor (CONTA), creada por el Decreto N° 104/1993 y sus modificatorias, y la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario (CNTF) creada por el Decreto N° 1.836/1993 y sus modificatorios, en la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, la que actuará como organismo descentralizado en el ámbito de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

⁵² Así ocurrió con los entes reguladores de la energía eléctrica (Art. 54, Ley N° 24.065), el gas (Art. 50, Ley N° 24.076) y el agua (Ley N° 23.696, Anexo I, ap. III y Decreto N° 999/1992; actualmente Art. 4°, Ley N° 26.221).

⁵³ Art. 57, Ley N° 24.065.

⁵⁴ Art. 53, Ley N° 24.076.

⁵⁵ Arts. 55, segundo párrafo, Ley N° 24.076; y 59, segundo párrafo, Ley N° 24.065.

⁵⁶ No obstante que el procedimiento de designación de las autoridades de los entes previo concursos de méritos y con la participación del Poder Legislativo no garantiza *per se* que en los mismos no primen criterios políticos o se los desnaturalice —no caben dudas de que es potencialmente superior al que se asienta en una mera selección discrecional. Por supuesto que de nada vale prever procedimientos concursales de selección si luego no se los cumple. De ahí la importancia de fallos como el emitido el 10 de setiembre de 2009 por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal por el cual se hizo lugar a la demanda interpuesta por una ONG de usuarios y consumidores y ordenó a la Secretaría de Energía de la Nación a arbitrar los medios necesarios para realizar la convocatoria pública y dar cumplimiento con las normas que fijan el procedimiento para nombrar a los integrantes del directorio del ENRE (causa “A.C.I.J. y otros c/ EN”, LL, 2009-F, 500).

resolutoria del ente (ENARGAS⁵⁷, ENRE⁵⁸ y ORSNA⁵⁹) en forma previa a la promoción del pleito judicial, en otros casos ello es optativo (v. gr., CNC⁶⁰ y ERAS⁶¹).

e) Las vías de impugnación en sede administrativa y judicial de los actos emitidos por los entes.

Numerosas son las diferencias que se aprecian en este aspecto. A modo de ejemplo, cabe señalar que en el marco regulatorio del gas se prevé expresamente que los denominados actos jurisdiccionales⁶² y los sancionatorios son impugnables en sede judicial a través de recursos judiciales directos ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para lo cual se prevé un plazo de quince días para el primero de los supuestos indicados y de treinta días para el restante⁶³. A su vez, para la impugnación de otro tipo de decisiones del ENARGAS es posible utilizar el recurso de alzada, cuyo rechazo agota la vía y habilita la revisión judicial mediante la interposición de un recurso directo ante el tribunal antes mencionado⁶⁴.

Por su parte, en el marco regulatorio de la electricidad, al igual que en el régimen del gas, se dispone: “[...] las sanciones aplicadas por el ente podrán impugnarse ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal mediante un recurso directo a interponerse dentro de los treinta (30) días hábiles judiciales posteriores a su notificación”⁶⁵ y se precisa: “Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal”⁶⁶. Sin embargo, a diferencia del marco normativo del gas, no se contempla un recurso judicial directo respecto de las decisiones jurisdiccionales del ente.

Del mismo modo que en la Ley N° 24.076, en el Decreto N° 375/1997, que regula el funcionamiento del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, se

⁵⁷ Conforme lo dispone el Artículo 66 de la Ley N° 24.076: “Toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.

El recurso deberá interponerse fundado ante el mismo ente dentro de los quince (15) días de notificada la resolución. Las actuaciones se elevarán a la cámara dentro de los cinco (5) días contados desde la interposición del recurso y ésta dará traslado por quince (15) días a la otra parte”.

⁵⁸ Según el Art. 72 de la Ley N° 24.065: “Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente.

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

⁵⁹ El Art. 29 del Decreto N° 375/1997 prevé: “Toda controversia que se suscite entre personas físicas o jurídicas con motivo de la administración y/o explotación de los aeropuertos del Sistema Nacional de Aeropuertos deberá ser sometida en forma previa a la jurisdicción del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, el cual será el único órgano administrativo con facultades jurisdiccionales sobre cuestiones de esta naturaleza”.

⁶⁰ Art. 6°, inc. q, Decreto N° 1.185/1990.

⁶¹ Art. 42, inc. k, Anexo 2, Ley N° 26.261.

⁶² Art. 66, 3° párrafo, Ley N° 24.076.

⁶³ Art. 73, 2° párrafo, Ley N° 24.076.

⁶⁴ Art. 70, Ley N° 24.076.

⁶⁵ Art. 81, 2° párrafo, Ley N° 24.065.

⁶⁶ Art. 76, Ley N° 24.065.

dispone que las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente “agotarán la vía administrativa”⁶⁷. Al no haber una vía judicial específica, la impugnación del mencionado acto debe efectuarse ante los órganos judiciales contencioso administrativo federales de primera instancia de la Capital Federal, con arreglo a lo dispuesto en el título IV del Decreto Ley N° 19.549.

Fuera de aquellos supuestos en los que media una regulación específica, como ocurre en los casos antes mencionados, en el orden nacional, la impugnación administrativa y judicial de las decisiones de todos los entes reguladores queda sujeta a las disposiciones de la legislación de procedimiento administrativo, Decreto Ley N° 19.549, y su reglamentación.

Ya sea en virtud de esta última normativa o por las disposiciones contenidas en algunos marcos regulatorios, como los antes citados del gas y de la electricidad y salvo supuestos puntuales, como regla general las decisiones de los entes reguladores, en tanto entidades autárquicas, son susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso administrativo de alzada ante órganos de la Administración central, lo cual es criticado por parte de la doctrina argentina por entender que dicha situación produce una clara vulneración de la independencia de los entes⁶⁸.

VII. La independencia de los entes reguladores.

Si durante la década de los noventa el accionar de muchas de las instituciones regulatorias creadas en el marco del proceso de privatizaciones fue rápidamente alcanzado y cooptado por las autoridades políticas y también en algunos casos por los sujetos regulados⁶⁹, la situación se ha agravado en los últimos tiempos –particularmente después de la grave crisis política, financiera, económica y social de fines de 2001 y 2002⁷⁰– a punto tal que

⁶⁷ Art. 30, Decreto N° 375/1997.

⁶⁸ Cfr. Uslenghi, Alejandro, “Reforma de organismos de control de los servicios públicos”, en *Derecho Administrativo y aportes para el rediseño institucional de la República*, Revista Jurídica de Buenos Aires, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2004, pp. 150/151; Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., cap. XV, Buenos Aires, FDA, 2008, p. 8.

⁶⁹ Ver: Bergara, Mario y Pereyra, Andrés “El Proceso de Diseño e Implementación de Políticas y las Reformas en los Servicios Públicos”, Departamento de Economía. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República de Uruguay, Documentos de Trabajo, Documento n° 17/05, p. 1. <http://www.fcs.edu.uy/archivos/Doc1705.pdf>.

⁷⁰ Como consecuencia de la recesión económica iniciada en 1998 y de la debilidad institucional del país, Argentina sufrió a finales de 2001 una gravísima crisis política, económica y social que afectó sensiblemente el desarrollo y la gestión de las infraestructuras públicas, en particular las afectadas a la provisión de servicios públicos. En ese complejo escenario, en enero de 2002, se sancionó la Ley de Emergencia Pública y Reforma al Régimen Cambiario, N° 25.561, por la cual se impusieron fuertes restricciones a los derechos de las empresas prestadoras de servicios públicos y concesionarias de obras públicas nacionales, al disponerse la pesificación de las tarifas, que estaban fijadas en dólares a la paridad de un peso por cada dólar (Art. 1° de la Ley N° 23.928); prohibirse su indexación o actualización; como así también la suspensión o alteración de las obligaciones a su cargo (Arts. 8° y 10). Al mismo tiempo, se autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar todos los contratos celebrados por la Administración pública, bajo normas de derecho público, precisándose a tal fin una serie de criterios para el caso de aquellos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, a saber: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas (Art. 9°). Los gobiernos que se sucedieron a partir de entonces produjeron un profundo cambio en el rumbo de las decisiones de política económica adoptadas durante la década de los noventa. En forma creciente el Estado comenzó a intervenir activamente en el funcionamiento cotidiano de las distintas áreas económicas. En algunos sectores (v. gr., correo, agua y saneamiento, ferrocarriles, energía, etc.), y por distintos motivos, se produjo, incluso, el regreso de la empresa pública. Las renegociaciones de los contratos de prestación de servicios públicos y concesiones de obras públicas nacionales suscitadas en

numerosos organismos reguladores llevan varios años intervenidos por el Poder Ejecutivo⁷¹.

La realidad argentina pone de resalto un deficiente funcionamiento de muchos de los entes reguladores de servicios públicos, los cuales en la actualidad se han convertido en estructuras burocráticas subordinadas a la dirección política del gobierno, por lo cual se ha resentido su autonomía política, técnica y económica, y ha disminuido drásticamente su capacidad regulatoria.

Si bien el débil diseño institucional de muchos entes reguladores facilitó la situación expuesta, la experiencia argentina muestra que aún aquellas agencias reguladoras con diseños adecuados no han podido sustraerse a la interferencia y cooptación de las autoridades políticas. En muchos casos ello ha ocurrido a través de prácticas irregulares, como ser la designación de funcionarios directivos sin ajustarse al procedimiento de selección previsto al efecto, no integrando los directorios de los entes reguladores o, lisa y llanamente, como ya se destacó, interviniendo el ente regulador.

Evidentemente, los entes reguladores no actúan en un vacío institucional. Por más garantías jurídicas que se establezcan para asegurar su desempeño eficaz e independiente, ellas pueden no ser suficientes para aislar o proteger al ente del contexto de la política

virtud de la Ley N° 25.561, que comenzaron en el año 2002, se han extendido excesivamente en el tiempo. Muchas no han finalizado y en las que se arribaron a acuerdos definitivos o transitorios, los mismos no llegaron a ejecutarse. Según un informe de la Unidad de Renegociación y análisis de los contratos de servicios públicos (UNIREN) elaborado a noviembre de 2010 para ese entonces sobre sesenta y seis contratos el estado del proceso de renegociación era el siguiente: treinta y ocho acuerdos firmados (57,6%); dieciocho acuerdos resueltos (27,3%); tres acuerdos transitorios firmados (4,5%) y siete empresas en proceso de renegociación (10,6%) (http://www.uniren.gov.ar/sintesis_de_gestion.pdf).

Probablemente, el régimen tarifario ha sido uno de los aspectos que más se ha visto afectado por la legislación de emergencia y por posteriores medidas estatales adoptadas. “Las tarifas que pagan los usuarios en la generalidad de los servicios han pasado a reflejar objetivos de contención de la inflación o de promoción social y económicos, y han dejado de atender –en muchos casos– los costos de operación, la depreciación del capital y una utilidad razonable, como lo establecen los distintos marcos regulatorios específicos aún vigentes. De ese modo, de un sistema de ‘precios económicos’, basado en un esquema de incentivos –como es el consagrado en la generalidad los distintos marcos regulatorios de los servicios públicos privatizados– se ha pasado a un sistema de precios políticos fijados por la intervención estatal, que solo pueden ser mantenidos a mediano plazo mediante subsidios de distinto tenor, con la consecuente carga fiscal” (Durand, Julio C. y Perrino, Pablo Esteban, “Las tarifas de los servicios públicos”, *LL*, 2009-E, 862). Como consecuencia de esas medidas se distorsionó la racionalidad de los precios y se limitaron sensiblemente las inversiones privadas en expansión de los servicios e infraestructuras públicas⁷⁰. A raíz de ello, el crecimiento de la demanda de servicios e infraestructuras públicas derivado de la fuerte recuperación económica producida después de la crisis, no pudo ser debidamente acompañado por la oferta. En efecto, se utilizó la capacidad instalada pero sin realizarse una adecuada reposición del capital, lo cual, sumado a diversas regulaciones e intervenciones estatales que desequilibraron el mercado energético –al deprimir la oferta y exacerbar la demanda–, generó diversos cuellos de botella (ver: Tawil, Guido, “Problemas actuales de la concesión de servicios públicos”, en obra colectiva *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 325 y sigs.). Fue así que el Estado tuvo que reemplazar con inversión pública el déficit de inversiones privadas en infraestructura energética. (Una descripción de las obras efectuadas puede verse en la publicación efectuada por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, *Grandes obras de infraestructura del Bicentenario argentino*, Buenos Aires, 2010, http://www.obraspublicas.gov.ar/contenidos/Libro_del_bicentenario.pdf).

⁷¹ Así ocurre con la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), intervenida en virtud del Decreto N° 454/2001; con la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNC), cuya intervención fue dispuesta por el Decreto N° 521/2002 y el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), intervenido por el Decreto N° 571/2007; ver Oteiza, Mariano, “La intervención administrativa en entes reguladores. ¿Control efectivo u oportunismo gubernamental?”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 337:141 y sigs., Buenos Aires, Ediciones Rap.

general⁷².

De ahí que es fácil comprender que el resultado de las políticas estatales adoptadas en materia de desarrollo de infraestructura pública no está desligado de la calidad del entorno institucional.

VIII. Conclusión.

La calidad de las instituciones es crucial en la determinación del crecimiento económico. En la medida en que es mayor la calidad institucional vigente en una economía, mejores son los niveles de desempeño económico. Es bien sabido que las instituciones débiles y de mala calidad desalientan la inversión en tanto que las instituciones fuertes y de calidad incentivan la inversión y por ende el crecimiento económico⁷³.

En consecuencia, para mejorar la calidad y la cantidad de infraestructura pública es preciso avanzar en transformaciones que cimienten bases sólidas para suscitar un entorno institucional que facilite el consenso y la celebración de acuerdos intertemporales⁷⁴ que aseguren un marco de estabilidad y seguridad jurídica.

Es que, como bien se ha escrito, “una buena política de desarrollo no surge de la acumulación de políticas cortoplacistas ni de la sumatoria de la satisfacción de intereses corporativos”. Si bien es perfectamente lícito que el sistema político tenga una mira electoral y que los grupos de interés promuevan sus intereses inmediatos, estos aspectos deben enmarcarse en un horizonte más amplio, lo cual requiere una transformación institucional que otorgue credibilidad a las políticas de mediano y largo plazo⁷⁵.

Dicha transformación institucional deberá tener como norte el respeto de dos principios esenciales que, como afirma Gaspar Ariño, han jugado siempre como dos polos de tensión en la configuración del orden social: el principio de subsidiariedad del Estado, que inspira y protege la libertad individual⁷⁶; y el principio de solidaridad, que apunta hacia el objetivo de la igualdad entre todos los hombres⁷⁷.

Pieza clave para ello será la labor de los entes reguladores, en tanto su función primordial es la de asegurar y controlar el buen funcionamiento de los sectores bajo su supervisión desde una postura de independencia respecto a los agentes económicos⁷⁸, para lo cual es imprescindible que estén lo suficientemente separados del debate político, de la influencia de los cambios electorales y de la interferencia o captura del sector privado⁷⁹.

⁷² Como ha escrito Meilán Gil refiriéndose a la situación española, “las normas ayudan a la independencia. Pero lo fundamental es la cultura democrática” (Meilán Gil, José Luis, *Los órganos reguladores de España. Notas sobre una posible reforma*, publicado por la Fundación Ciudadanía y Valores, Madrid, 2010).

⁷³ Rodrick, D.; Subramanian, A. y Trebbi, F., *Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development*, Cambridge Massachusetts, NBER Working Paper 9305, 2002.

⁷⁴ Ver Nallar, Daniel, “Regulación de servicios públicos en Argentina, causas y consecuencias de la impunidad”, obra colectiva, *Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011, p. 337 y sigs.

⁷⁵ Bergara, Mario, *Las reglas de juego en Uruguay. El entorno institucional y los problemas económicos*, Montevideo, Ediciones Trilce, CHIP-UPAZ, Universidad de la República, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Economía, 2004, p. 153.

⁷⁶ Cassagne, *op. cit.*, T. I, pp. 114/116 y “La Encíclica *Caritas in Veritate* (Reflexiones sobre la justicia, el mercado, el papel de los poderes públicos y de las personas en el proceso de globalización)”, EDA, 2010-399.

⁷⁷ Ariño Ortiz, Gaspar, *Empresa pública, empresa privada, empresa de Interés General*, Thomson, Aranzadi, 2007, p. 30.

⁷⁸ Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Granada, Comares, 2004, p. 642.

⁷⁹ Cfr. Comadira, Julio R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis AbeledoPerrot, 2003, pp. 647/650.