
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte



2003

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Direção Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Direção Executiva
Emerson Gabardo
Conselho de Redação
Edgar Chiuratto Guimarães
Adriana da Costa Ricardo Schier
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzo
Cármem Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz
Jorge Luís Salomoni
José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajarville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate

Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Maria Cristina Cesar de Oliveira
Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancanner

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião.
E-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Rogério de Souza
Revisão: Equipe Fórum
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros

© Editora Fórum Ltda., 2003
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Distribuída em todo o território nacional

Assinaturas e comercialização:
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br
site: www.editoraforum.com.br

Regulación de Los Servicios Públicos y Concurrencia *

Pascual Caiella

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Plata, Universidad de Belgrano y Universidad del Salvador, República Argentina

1 Introducción

El objetivo del presente trabajo es delinear los aspectos referidos a la Regulación de los Servicios Públicos y el régimen de concurrencia en la Argentina.

Para ello, primero realizaré una breve, reseña de las diferencias entre Europa y Argentina con respecto a estos institutos.

Luego referiré qué entiendo por potestad regulatoria, su alcance, y cuál es la autoridad titular de dicha potestad en materia de servicios públicos en mi país, para luego ingresar en los aspectos referidos a la regulación, deteniéndome especialmente en los Entes Reguladores, si éstos son titulares de potestades regulatorias y, su caso, si pueden serlo, para pasar después a los aspectos que hacen a la competencia.

Por último, señalaré los aspectos más salientes que hacen a los servicios correspondientes a la actividad postal y las telecomunicaciones, que se encuentran en pleno proceso de liberalización.

2 Reforma del Estado y servicios públicos. Cuestiones previas

Antes de señalar la cuestión en la Argentina, quiero referir como aclaración previa, que el proceso en materia de regulación y concurrencia es absolutamente distinto al que se viene desarrollando en Europa.¹

Esta diferencia radica básicamente en que en Europa la disciplina de la concurrencia, que fue la base del derecho comunitario, trajo aparejado la su-

* El presente texto fue expuesto en la Facoltà de Giurisprudenza de la Università di Roma "La Sapienza", y en la Universidad de Urbino, Italia, 28, 29 y 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2000.

¹ Ver CASSESE, Sabino: *La nuova costituzione economica*, Laterza, febrero de 2000. Señala el maestro italiano: En la formación de un mercado único europeo se llegó utilizando tres instrumentos: la libertad de circulación de las mercancías, de los trabajadores, de los servicios y de los capitales, la disciplina de la concurrencia, la limitación de las ayudas estatales a las empresas (además con la eliminación de las fronteras fiscales y con las armonizaciones de las disciplinas de materia *interferenti*, como la propiedad intelectual). De estos instrumentos, el principal es el primero, respecto del cual los otros son funcionales".

presión de las reservas originarias o monopolio legal u la libertad de acceso a los sectores tradicionalmente públicos. Se desmonopolizó, con el ingreso de los privados a los sectores reservados, para ello se desreguló para luego re-regular las obligaciones de servicio público o de servicio universal que se encuentran a cargo de los privados.

En palabras de Cassese: “La disciplina de la concurrencia, en tanto ocupa el primer lugar entre las bases del derecho comunitario, ha tenido una vida difícil. Sólo en los años ’80 y ’90, de hecho, de aquélla se ha extraído como consecuencia la necesidad de consentir en la iniciativa económica aún en los sectores reservados (al Estado o a entes públicos, aunque estuvieran prestados a través de concesiones). Por lo que sólo treinta o cuarenta años luego de la aprobación del Tratado se han afirmado, en el derecho comunitario derivado, la supresión de las reservas originarias y la libertad de acceso a los sectores tradicionalmente públicos (servicios públicos o *public utilities*). Habiéndose, en consecuencia, dictado directivas que han dispuesto la liberalización, más o menos amplia, del transporte aéreo, de las telecomunicaciones, de la electricidad, del gas, etcétera.

La liberalización de estos sectores, producto del derecho comunitario y del derecho interno, ha implicado la supresión del precedente régimen de reserva, o monopolio legal, que, por ser omnicompreensivo y estar apoyado en un único operador, escondía muchos problemas. Con la afirmación de la libertad de acceso, se ha permitido a otros operadores devenir empresarios en aquellos sectores anteriormente reservados. Sobre estos operadores recaen, ahora, obligaciones de servicio público o de servicio universal, anteriormente, a cargo del único prestador monopólico”.²

En efecto, en Europa a partir del tratado de Roma, y la vocación de construcción del mercado interno, incidirían sobre los sectores de las economías nacionales

² Ver CASSESE, Sabino: “Regulación de los servicios públicos y tutela de la concurrencia”, *AeDP*, n° 12, Ad-Hoc, enero-abril 2000.

³ Ver OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.), FONSECA MORILLO, Francisco (coord.): *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998. En el capítulo referente a la problemática de los servicios de interés general se refiere: “...la evolución del sistema de economía de mercado, el fenómeno de la globalización, la emergencia y el resurgimiento de los procesos de integración y la desaparición del *clivage* público/privado, son algunos de los elementos que inciden de manera determinante en la crisis del modelo económico del Estado. El desarrollo de la Comunidad europea ha permitido a las autoridades de Bruselas penetrar en temas antes reservados a los Estados, uno de los cuales es precisamente la regulación de las actividades declaradas de interés económico general, contempladas en el art. 90 del T.C.E. si con anterioridad a dicha regulación los estados podían adjudicar libremente un régimen jurídico singular a tales actividades, la norma comunitaria pone coto a dicha libertad. Dado que la mayoría de las actividades calificadas de interés, económico general son servicios públicos en la mayoría de los Estados, los gobernantes de cada uno de ellos ven lógica y progresivamente reducida su capacidad de manobra en este terreno al compás de las decisiones comunitarias. Y la comunidad se ha creado, no se olvide, bajo los principios de la libertad de mercado y la libre concurrencia”, p. 409.

⁴ Sobre el particular debe destacarse el trabajo de GONZÁLES MORAS, Juan M.: *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Ad-Hoc, 2000. Sostiene con respecto a este tema: Inevitablemente, las políticas de liberalización de las fronteras nacionales fuertemente protegidos por los Estados miembros. Entre ellos, el de los servicios públicos. Ante la imposibilidad de desconocer la importancia económico-social de estos sectores de las economías de los Estados miembros, se optó desde un comienzo por el establecimiento de suposiciones que permitían *derogar* las disposiciones comunes del tratado en materia concurrencial y de ayudas estatales”, p. 169.

fuertemente protegidas por los estados miembros.³ Entre ellos los servicios públicos.⁴

En este sentido no puede dejar de referir-se, el actual art. 86 del Tratado de Amsterdam,⁵ que impone que ninguno de los Estados miembros adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de competencia, y pone a cargo de la comisión velar por la aplicación de dicho artículo.

Por el contrario, en la Argentina, el desarrollo de estas cuestiones siguió un camino diverso, que halla fundamento en las propias particularidades del proceso de reforma ocurrido.⁶

Pero básicamente, la desmonopolización y desregulación que fue uno de los instrumentos básicos que anunciaba el régimen jurídico que servía de base para la transformación en la Argentina, no trajo aparejado la supresión de las reservas originarias o monopolio legal y la libertad de acceso al los sectores tradicionalmente públicos. Por el contrario, implicó en la mayoría de los casos la explotación del sector por parte de uno o más operadores privados con exclusividad. Por ende la desmonopolización no fue tal, sino lo que sucedió fue el cambio del monopolio estatal por un monopolio privado.

En efecto, las leyes de emergencia: n° 23.696 de Reforma del Estado, y n° 23.697 de Emergencia económica, instrumentos básicos de la transformación en la Argentina, trajeron como técnicas fundamentales para la reversión de la situación de emergencia⁷ en que se fundaban, las siguientes:

- Reestructuración y racionalización administrativas.
- La desregulación y la desmonopolización de actividades.
- La privatización de actividades.

⁵ Establece el art. 86: "1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los arts. 12 y 81 a 89, ambos inclusive. 2 Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la comunidad. 3 La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas".

⁶ Para un análisis de la experiencia Argentina, ver SALOMONI, Jorge Luis: *Teoría general de los servicios públicos*, cap. IV, Adi-Hoc, 1999.

⁷ En la Republica Argentina el porqué de la reforma reconoció un origen explicitado tanto en las leyes que la motorizan (Ley n° 23.696 de Emergencia Administrativa; Ley n° 23.697 de Emergencia Económica), como en los reglamentos de naturaleza legislativa, esto es, la emergencia, en que se encuentran la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración pública nacional centralizada y descentralizada en el más amplio de los alcances que le pueden dar a este último término.

⁸ CAIELLA, Pascual: "La reforma Del Estado y las privatizaciones en la Argentina". *Revista de Derecho Administrativo*, año 4, n° 11, Depalma, septiembre-diciembre de 1992; "La riforma dello Stato e le privatizzazioni in Argentina", *Revista Newsletter de Italia, del Progetto finalizzato sull'organizzazione ed il funzionamento della pubblica amministrazione*, CNR., año VI, número especial, julio 1993.

Pero como ya he sostenido,⁸ el fundamento de la reforma en nuestro país fue la emergencia, u ella motivó un cambio urgente que imposibilitó el pensar un sistema que permitiera canalizar la transformación que se instrumentó de la manera más adecuada, especialmente lo relacionado con el nuevo rol del Estado, que de prestador pasaba a controlador, que debía convivir con los particulares que comenzaban a tener a su cargo las prestación de cometidos públicos, para lo cual tenía que delinear los aspectos del control, así como también todo lo relativo a los usuarios, no sólo la protección adecuada de ellos, sino también qué tipo de control podrían realizar, etcétera.

Y así, primero se dictaron los marcos regulatorios de los servicios públicos a privatizar-se,⁹ luego se privatizaron los mismos (delegación del cometido público cuya titularidad sigue siendo estatal), concomitantemente se crearon los entes de control (Entes Reguladores), y en algunos servicios la creación del ente de control fue posterior a su privatización.

2.1 Síntesis

En Europa se estableció que para poder privatizar era necesario primero contar con un mercado competitivo, para ello desregularon, luego liberalizaron, permitiendo el ingreso de privados a los sectores reservados, y recién después privatizaron, para lo cual primero modificaron los marcos regulatorios de los servicios a privatizar, luego crearon las agencias reguladoras, y finalmente transfirieron los paquetes accionarios de las empresas a privatizar.

En Argentina, como se explicó, primero se privatizó (es decir se delegó el cometido público en empresas privadas, pero la titularidad del servicio sigue siendo estatal), pero para poder realizar dicha transferencia no se podía asegurar la competencia del mercado. Recién en esta etapa, se están liberalizando algunos servicios, que por cierto son los menos.

Así es que en orden nacional, el monopolio estatal de la prestación del servicio público del agya, fue reemplazado por el monopolio de un prestador privado del servicio, y en el caso del gas y de la electricidad, se dividió en zonas la prestación del servicio y se otorgó cada una de ellas a un único prestador la prestación con exclusividad.

Con lo expuesto hasta aquí, podrá apreciarse claramente que los caminos

⁹ Entre los marcos reguladores de los servicios públicos en la República Argentina pueden mencionarse: el de energía eléctrica de la ley n° 4065; el del gas de la ley n° 24.076; el del agua y servicios cloacales del dec. n° 999/92; el del servicio de telefonía básica del dec. n° 1185/90 y de su modificatorio n° 702/95; el del servicio postal del dec. n° 115/97; el de red de acceso a la Ciudad de Buenos Aires del dec. n° 1994/93; el de seguridad de presas del dec. n° 2736/93; el de las concesiones de la red vial nacional del dec. n° 919/98; el del transporte automotor de pasajeros del dec. n° 1388/96; el del sistema nacional de aeropuertos del dec. n° 16/98; entre otros.

recorridos en Europa en la materia que nos ocupa han sido completamente distintos que el recorrido en la Argentina.

3 La potestad regulatoria

Previo a señalar los aspectos más salientes sobre la regulación en la Argentina, debo referir que entendemos por potestad regulatoria, su alcance, y cuál es la autoridad titular de dicha potestad en materia de servicios públicos en mi país.

3.1 Definición de potestad regulatoria

Cabe recordar que, según sostiene Santi Romano, la conceptualización de potestad regulatoria del Estado implica los siguientes aspectos: "...poder en sentido estricto o potestad y derecho subjetivo entrarían en el *commune genus* de los poderes en sentido amplio, atribuidos por el ordenamiento jurídico en orden a bienes o intereses protegidos por él, y serían por consiguiente, ambos, manifestaciones y explicaciones de la capacidad; pero el primero se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos singularmente determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y, por lo tanto, no sería correlativo a obligaciones, mientras que el derecho subjetivo se desenvolvería siempre en una concreta y particular relación jurídica con una determinada cosa o frente a determinadas personas que, por contrario, tendrían obligaciones correspondientes".¹⁰

Por lo tanto, las potestades no tienen su origen en relación jurídica alguna, sino que proceden directamente del ordenamiento jurídico. Conforme García de Enterría, podemos decir que la legalidad atribuye a la administración potestades o facultades de actuación, determinando su objeto y sus límites.¹¹

Por ello, si entendemos a la potestad como el poder de actuación otorgado por el ordenamiento jurídico a un sujeto, se puede afirmar que la potestad regulatoria consiste en el poder del Estado de establecer normas jurídicas que fijen los principios y las reglas a los cuales se debe sujetar (en este caso particular) la

¹⁰ Conf. Santi, Romano: *Fragments de un dictionario jurídico*, EJE, Buenos Aires, 1964, pp. 229 y 300.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de derecho administrativo*, t. 1, Civitas, Madrid, 1995, pp. 431 y ss.

prestación de los servicios públicos por parte de los particulares, la creación de los órganos de control de tales cometidos y la protección de los usuarios.

3.2 Alcance de la regulación¹²

Debo Señalar siguiendo al profesor Cassese que “La regulación no es cualquier clase de injerencia pública en la economía, como la planificación, las subvenciones, la concertación, la disciplina sanitaria y del trabajo, etc. Si se amplía de esta manera la noción, como hacen muchos estudiosos americanos, ésta deviene inutilizable, ya que termina por aprehender todo el Derecho Público de la Economía.

Y bien, entonces delimitar la regulación, limitándola a aquellas formas de injerencia que no son externas al mercado, sino que son parte del mercado, en el sentido

¹² La doctrina nacional ha dicho sobre el tema: “El sistema rigió en la Argentina desde 1946 hasta 1989 se caracterizó por la concentración de los poderes regulatorios en las propias empresas estatales prestatarias de esos servicios, sin dejar de reconocer un margen para el ejercicio del poder de policía por parte de los órganos de la Administración central...” Ese estado de cosas ha sufrido un cambio radical a raíz del proceso de transformación del Estado, a partir del cual se perfilan nuevas funciones de éste regidas por el derecho administrativo. Una de estas funciones es, sin duda la concierne y medida se debe regir por el principio de subsidiariedad”.

“El principio de subsidiariedad sólo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el Estado deba intervenir para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios...”

“La regulación económica tiene hoy día un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los consumidores, lo que conlleva a adoptar en forma previa o concomitante, una política de segmentación de los diversos mercados junto a la desregulación de las actividades comerciales o industriales...” Por CASSAGNE, JUAN Carlos: “Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público”, *ED*, 161-857. El mismo autor refiere: “En la moderna regulación de los servicios públicos hay que distinguir dos cosas: el régimen legal-teórico y el esquema regulatorio. El régimen o esquema regulatorio... debe ser claro, estable equilibrado, debe contener reglas y principios creíbles que inspiren confianza a los operadores; pero, por su propia naturaleza no definen con precisión soluciones cerradas a los múltiples conflictos que la realidad ofrece, sino que han de formular criterios flexibles de actuación en función de los objetivos y de las circunstancias del momento”. Así la apreciación o no de sí existe poder de mercado (*market power*) en una determinada área e actuación, o de sí hay o no capacidad disponible en la red para el acceso de terceros o la cuantía y condiciones de los aportes financieros exigibles a aquellos usuarios que requieren nuevas conexiones,...son todos problemas que los reguladores han de resolver, pero que no pueden ser predeterminados minados ex ante en los textos legales. Hay que dejarlos al juicio discrecional o técnico de los órganos competentes, lo que implica que tan importante como las regulaciones son los reguladores encargados de su aplicación”. Presente y futuro de la regulación económica. CASSAGNE, Juan C.: *LL*, 1996-C, Sec. Doctrina. Por su parte ha dicho Agustín Gordillo: “la denominación de servicio público sólo se justifica cuando determinados servicios públicos están en manos particulares en forma monopólica. En este caso el otorgamiento estatal y la regulación encuentran su fundamento.

Expresa en este sentido que lo esencial de toda regulación es cuantificar la tarifa, “facultad que el Estado debe necesariamente ejercer cuando ha conferido o permite un monopolio, y que a la inversa no puede llevar a cabo, hoy en día, para Actividades Prestadas en Libre Competencia”. *Tratado de derecho administrativo*, 2º ed., t. 2, pp.VI-5 y ss. Por su parte Domingo Sesin expresa: “La regulación resulta una institución independiente de la caracterización del servicio público que se adopte, ya que funciona en los casos de actividades de interés general o de pública *utilities* o actividades licenciadas en nuestro medio”. Lo que sigue es propio de Sesin “la clave entonces será la intensidad o peculiaridad de la regulación que se establezca en cada caso sin perjuicio de acudir a los principios o la naturaleza jurídica de ciertos institutos cuando las reglas no sean claras”. *LL*, 200-1197, Sec. Doctrina.

Por su parte Ortiz, Ariño: regulación para la competencia”, *Revista de Derecho Administrativo*, nº 19/20, pp. 255 y ss., Depalma, mayo-diciembre de 1995, sostiene que: “...en el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia, para crearla cuando ella no existe o para sustituirla cuando sea imposible su creación...”. “Así la regulación siempre será necesaria, pero debe ser sólo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado”. La función del servicio público en la etapa posprivatizadora.

¹³ Ver CASSESE, Sabino, “Regulación de los servicios públicos y tutela de la concurrencia”, *AeDP*, nº 12, enero-abril 2000. Ad Hoc, 2000.

de que contribuyen a conformarlo, estableciendo equilibrios que activan intereses, los cuales por ende, se valen de la regulación como oportunidad a usufructar.¹³

3.3 Autoridad titular de la potestad regulatoria en materia de servicios públicos

Ahora bien, definido el concepto de potestad regulatoria y su alcance, corresponde analizar quien es el sujeto titular de la misma según el ordenamiento jurídico vigente.

Según la concepción de la división de poderes adoptada por nuestra Constitución Nacional, las funciones del Estado se encuentran atribuidas a los tres poderes clásicos ahora bien a cada uno de estos poderes se le asigna una función específica, cual es la de legislar, administrar y juzgar respectivamente ello no implica que no puedan realizar otras funciones que as específicamente otorgadas, siempre dentro del marco de legalidad.

En tal sentido ha expresado Bielsa que “La separación de poderes no implica necesariamente una completa y absoluta separación de funciones, sino el de las funciones esenciales o primordiales. En efecto, si bien al legislativo incumbe sancionar todas las leyes, el Poder Ejecutivo (que es también administrativo) dicta reglamentos, que son leyes en sentido sustancial o material... Lo que caracteriza principalmente a los poderes es que cada uno de ellos es supremo en su esfera...”¹⁴

Dentro del sistema de división de poderes establecido por la Constitución nacional, la competencia para regular en materia de servicios públicos le corresponde al Poder Legislativo, en virtud de que a través de ella se podrían restringir los derechos de los particulares, atribución ésta específica del Congreso de la Nación.

En el orden nacional, este principio no está puesto en duda en tanto la Constitución expresamente prevé en el art. 42 párr. 3º que: “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”.

Por ello se desprende, que en el ámbito de los servicios públicos nacionales, el titular de la potestad regulatoria es el Congreso de la Nación.

Pues bien, esta potestad del Congreso de regular en materia de servicio público, no le viene del art. 75 que establece sus atribuciones, sino del art. 42, nor-

¹⁴ Conf. BIELSA, Rafael: *Derecho administrativo*, t.I, La ley, Buenos Aires. 1964. p. 61.

ma que se encuentra en la parte dogmática de la Constitución Nacional, y por consiguiente “la ley opera como un principio de garantía de los derechos de los sujetos involucrados en el servicio público, especialmente los usuarios”.

Más aún, el Congreso no podría delegar esta potestad regulatoria en otro poder como el Ejecutivo, ya que, no solamente porque el art. 76 de la Constitución se lo prohíbe, sino también porque, como ha sido sostenido: “...el legislador no puede delegar lo que le ha sido específicamente atribuido como deber, no en la norma general de atribución de la potestad legislativa del art. 75, sino una norma especial para defensa de los derechos humanos o fundamentales del consumidor o usuario, porque este artículo se encuentra dentro de la parte dogmática de nuestra Constitución”.¹⁵

Por último, debo destacar que el art. 29 de la Constitución Nacional (originario de nuestra primera Carta Magna de 1853) establece, juntamente con el art. 31,¹⁶ el principio básico que sustenta nuestra Constitución, que es el de la “Supremacía constitucional” que impide al Congreso la delegación de competencias propias o de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo.

Establece el mismo: “Art. 29: El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otórgales sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

Seguidamente analizaré las características de los entes reguladores en la Argentina y si, a la luz de lo expuesto, éstos pueden ser titulares de potestades regulatorias.

4 Aspectos referidos a la regulación en la Argentina. Los entes reguladores. Breve descripción

En la experiencia argentina como sostiene Muñoz, la creación de los entes reguladores ha sido en algunos casos por ley (ENCARGAS), art. 50, ley n° 24.076,

¹⁵ SALOMONI, Jorge Luis: “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino”. *Problemas de la administración contemporánea, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1997, p.176.

¹⁶ Art. 31 de la Constitución Nacional: “Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859”.

ENRE (electricidad), art. 54, ley n° 24.065, y otros por decreto (como la creación del Ente Regulador de la Telecomunicaciones (ENRE) (la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, hoy Comisión Nacional de Comunicaciones creada por decreto; el art. 1° del dec. n° 1185/90). En ciertos casos se los dotó de personalidad jurídica (se les atribuye, por ley formal, la condición de entes autárquicos al ENARGAS y al mente, y al Ente regulador del Agua (ETOSS) por el art. 15 del dec. n° 999/92) consignando-se en los tres casos su capacidad para actuar en el campo del derecho público y privado, en otros no. No tienen independencia del Poder Ejecutivo.¹⁷

La categorización de los entes como entes autárquicos responde a las pautas señaladas por la doctrina como indicativas de esa forma de configuración de la descentralización. Por lo tanto, existe una relación de tutela administrativa, que se traduce en un control de legalidad de los actos del ente a través del recurso administrativo de alzada, es decir que estos entes carecen de independencia funcional con respecto al Poder Ejecutivo, en el sentido de que todos sus actos pueden ser revisados por aquél.

Ha sostenido la doctrina "...los entes reguladores nacionales se diferencian de las autoridades independientes del derecho comparado, por carecer de independencia del Poder Ejecutivo, en tanto éste se encuentra habilitado para revisar la legalidad de los actos del ente a través del recurso administrativo e alzada. En cambio, ambas autoridades se asimilan, por ser titulares de la potestad regulatoria, con la salvedad de que las agencias americanas o españolas ejercen tal potestad en forma exclusiva, mientras que los nacionales las ejercen en forma concurrente con el Poder Ejecutivo nacional".¹⁸

También se ha expresado que: "En todos ellos concurre la atribución de facultades de regulación, de control o fiscalización, de asesoramiento y también

¹⁷ MUNOZ, Guillermo Andrés: "El control de los servicios públicos privatizados", AeDP, n° 5, SCS & Asociados, Buenos Aires, p. 11.

¹⁸ SALOMONI, Jorge Luis: Teoría general..., op. cit., p. 411.

¹⁹ COMADIRA, Julio: *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996. En este trabajo el autor realiza un pormenorizado estudio sobre dichos entes, a los cuales remitimos.

Con respecto a las facultades de control o fiscalización no hay duda alguna, en efecto en todos los entes reguladores concurren facultades que hacen a la aplicación, interpretación, y cumplimiento de todo el plexo normativo que hace servicio de que se trate.²⁰

²⁰ Como ejemplo de facultades de control o fiscalización, a modo de ejemplo referimos:

Como ejemplo de facultades de control o fiscalización, a modo de ejemplo referimos:

Ley 24.076 (ENARGAS). Art. 52: "El Ente tendrá las siguientes funciones y facultades:...d) Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas e indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y consumidores y dictar las etapas de la industria, incluyendo a productores y consumidores y dictar las instrucciones necesarias a los transportistas y distribuidores y cálculo de las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes habilitaciones a transportistas y distribuidores para asegurar el suministro de los servicios no interrumpibles.

e) Establecer las bases para o cálculo de las tarifas de las habilitaciones a transportistas y distribuidores y controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes habilitaciones y con las disposiciones de esta ley; f) Aprobar las tarifas que aplicarán los prestadores, disponiendo la publicación de aquellas a cargo de éstos.../ Organizar y aplicar el régimen de audiencias previsto en esta ley. m) Velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública en la construcción y operación de los sistemas de generación, transporte y distribución de gas natural, incluyendo el derecho de acceso a la propiedad de productores, transportistas, distribuidores y consumidores, previa notificación a efectos de investigar cualquier amenaza real o potencial a la seguridad y conveniencia públicas; n) Promover, ante los tribunales competentes, acciones civiles o penales, incluyendo medidas cautelares, para asegurar el cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley, su reglamentación y los términos de las habilitaciones; ñ) Reglamentar el procedimiento para aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso".

Ley 24.065 (ENRE). Art. 56: "El ente regulador tendrá las siguientes funciones y facultades:... c) Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios. d) Establecer las bases para el cálculo de las tarifas de los contratos que otorguen concesiones a transportistas y distribuidores y controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes concesiones y con las disposiciones de esta ley...; i) Autorizar las servidumbres de electroducto mediante los procedimientos aplicables de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18 de esta ley, y otorgar toda otra autorización prevista en el presente...; n) Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesaria para verificar el cumplimiento de esta ley, su reglamentación y los respectivos contratos de concesión, realizando las inspecciones que al efecto resulten necesarias, con adecuado resguardo de la confidencialidad de información que pueda corresponder".

Decreto n° 1185/90 (C.N.C). "Art. 6°:Facultades y deberes. "La Comisión Nacional de Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:

a) aplicar, interpretar y hacer cumplir las leyes, decretos y demás normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones... c) Revisar y aprobar los planes técnicos fundamentales de telecomunicaciones en cuanto se refiere a compatibilidad operativa, calidad mínima de servicio e interconexión de redes, así como las normas de interconexión... e) revisar los planes de obras de los licenciatarios en condiciones de exclusividad a efectos de verificar si los mismos permiten alcanzar las metas de servicio establecidas, debiendo hacer conocer a los prestadores de servicios de telecomunicaciones su opinión al respecto, a cuyo efecto éstos deberán comunicar dichos planes con una anticipación de sesenta (60) días corridos a su puesta en ejecución. f) Homologar equipos y materiales de uso específico en telecomunicaciones, que se instalen a partir de los puntos terminales e la red (lado usuario), así como todo otro equipamiento y material que opere de interfaz entre las sociedades licenciatarias y los operadores independientes o entre aquéllas y los prestadores de servicios de telecomunicaciones en régimen de competencia con el objetivo de facilitar el ingreso al mercado de nuevos proveedores y productos sin provocar daños corporales a los usuarios físicos a los servicios o a la red telefónica pública. g) Revisar los contratos de interconexión celebrados entre los prestadores de servicios de telecomunicaciones y resolver, a petición de un prestador de servicio de telecomunicaciones las discrepancias que se planteen entre las partes que negocian un contrato de interconexión y que ellas no puedan resolver. h) Revisar toda modificación de asignación de capacidad en los transportadores n° s 185; 186; 187 y 188 del satélite Intelsat 15 VA F13 (307 grados Este), verificando que no existan conductas anticompetitivas o tratamiento discriminatorio a los usuarios de tal facilidad satelital...j) Verificar el cumplimiento del requisito de selección competitiva de proveedores allí donde sea aplicable... k) Controlar y fiscalizar la prestación de servicios en régimen de competencia para asegurar el mantenimiento de la misma, así como el respeto de las restricciones impuestas por las licencias u otros administrativos respectivos. l) Controlar y fiscalizar la prestación de servicio básico telefónico. m) Controlar las condiciones que establezcan los prestadores de servicios de telecomunicaciones a cuyo efecto: 1. Revisará los planes fundamentales en materia tales como numeración, transmisión, etc., a efectos de

de las denominadas jurisdiccionales. En esta última situación, en algunos casos la jurisdicción para resolver controversias entre particulares es obligatoria (ENARGAS, ENRE, CNT) y en otros voluntaria (ETOSS).¹⁹

Lo mismo sucede en cuanto a las facultades jurisdiccionales. Todos los entes resuelven controversias entre el prestador del servicio y los particulares (usuarios), y como ya anticipara, en algunos casos la jurisdicción está establecida en forma previa y obligatoria, y en otros la intervención del ente es voluntaria.²¹

5 ¿Pueden los entes reguladores tener facultades legislativas delegadas?

Para responder esta pregunta, analizaré la cuestión en el estadio anterior a la reforma constitucional y luego de ella. Pero adelanto que la respuesta negativa se impone.

Asimismo, es oportuno reiterar aquí, que tanto los entes creados por el Congreso, como los creados por el Poder ejecutivo, configuran entidades autárquicas descentralizadas.

5.1 Antes de la reforma constitucional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo de fecha 20 de junio de 1927, el caso "Delfino",²² sostuvo que el Poder ejecutivo tiene la facultad de reglar, pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley, dentro de la facultad reglamentaria que le es propia y expresó que el Congreso no puede delegar en el

²¹ Así, el art. 66 de la Ley n° 24.076 en su parte pertinente dice que: "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 del ente".

De su parte, *el marco regulatorio de los servicios de transporte y distribución de la electricidad*, prescribe en su art. 72: "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 en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente".

En materia de telecomunicaciones se tiene que el art. 6° inc. q) del dec n° 1185/90 de creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (actualmente la C.N.C.) dispone que corresponde a ésta "Resolver en instancia administrativa los reclamos e los usuarios u otras partes interesadas". (La competencia la tiene la Secretaría de Comunicaciones e la Nación.) *Pero el art. 3° del dec. n° 1420/92 que corresponde al reglamento general del servicio básico telefónico*, prescribe que "la autoridad de aplicación del presente reglamento es la comisión Nacional de Telecomunicaciones, que ante el incumplimiento del mismo aplicará las sanciones correspondientes. *El dec. n° 999/92 dispone*, en su art. 72 que: "Todos los reclamos de los usuarios relativos al servicio o a las tarifas deberán deducirse directamente ante el concesionario". A su vez, las decisiones del Ente están sujetas al recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo y al control judicial (art. 68 dec. n° 999/72).

²² Fallos, 148:432.

Poder ejecutivo ni en otro departamento de la administración pública ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos.

Es decir, condenó la delegación legislativa, que es aquella por la cual el poder Legislativo transfiere una porción de competencia en otro poder, descargándolo sobre éste, y solo admite que el ejecutivo regle pormenores y detalles de una ley.²³ Y así fue señalado que el Alto Tribunal nunca había aceptado, al menos de derecho, la procedencia de la delegación legislativa.²⁴

Más aún, poco tiempo antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Cocchia, Jorge D.c/Estado Nacional y otros” sostuvo el encuadre jurisprudencial en el ámbito de los reglamentos de ejecución contemplados por el art. 86, inc. 2º de Constitución anterior (actual 99, inc. 2º).²⁵

Por lo expuesto hasta aquí, como primera conclusión debo adelantar que mal podían los entes reguladores ser objeto de delegaciones de potestades regulatorias, y que nunca el legislador cuando creó los mismos pensaba que podían tener dichas facultades. Por el contrario, cuando la doctrina, como señalamos antes, se refiere

²³ El caso e encuentra centrado en la admisión de la aplicación de una multa a Delfino, multa que estaba legislada en un reglamento del poder Ejecutivo y había sido aplicada al buque alemán Bayern, el actor, por parte de la Prefectura General de Puertos.

La legalidad de la multa prevista en los arts. 43 y 117 del Reglamento para el Puerto de Buenos Aires, es fundada por la Corte en tanto que “el hecho previsto y prohibido por el art. 43 del reglamento del poder ejecutivo de fecha 31 de julio de 1908, reviste el carácter de una contravención de policía comprendida dentro de los fines generales de la ley n° 3345 y del precepto particular del inc. 7º del art. 3º de la misma. Constituye por su contenido el ejercicio legítimo de la facultad de reglamentar atribuida al Poder Ejecutivo por el art. 86 inc. 2º de la Constitución Nacional

²⁴ BIANCHI, Alberto: *La delegación legislativa Teoría de los reglamentos delegados en la Administración pública*, Ábaco, Buenos Aires, 1990.

²⁵ Caso “Cocchia” Del 02/12/93 (JÁ, 15/06/94). Aquí la Corte distinguió entre reglamentos ejecutivos adjetivos—que no implicarían más que la instrumentación de normas de procedimiento para la adecuada aplicación de la ley por parte de la Administración pública — y reglamentos ejecutivos sustantivos — en los que el legislador define, estructura y sistematiza la materia que quiere regular, y expresa de modo completo y terminado, la voluntad soberana del pueblo, reservando la aplicación concreta de aspectos parciales, relativos a tiempo lugar u otras circunstancias, a la decisión del poder Ejecutivo —, lo cual halló encuadre en el referido art. 86, inc 2º de la Constitución Nacional.

²⁶ Promulgación: 9/6/1992. Publicación: B.O., 12/06/1992.

²⁷ El Ente tendrá las siguientes funciones y facultades:

- a) Hacer cumplir la presente ley, su reglamentación y disposiciones complementarias, en el ámbito de su competencia, controlando la prestación de los servicios, a los fines de asegurar el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los términos de la habilitación.
- b) Dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse todos los sujetos de esta ley en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de escape de gas, acceso a inmuebles de terceros calidad del gas y odorización. En materia de seguridad, calidad y odorización su competencia abarca también al gas natural comprimido.
- c) Dictar reglamentos con el fin de asegurar que los transportistas y distribuidores establezcan planes y procedimientos para el mantenimiento en buenas condiciones de los bienes afectados al servicio durante el período de las respectivas habilitaciones y que proporcionen al ente informes periódicos que permitan determinar el grado de cumplimiento de dichos planes y procedimientos.
- d) Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas e indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y consumidores y dictar las instrucciones necesarias a los transportistas y distribuidores para asegurar el suministro de los servicios no interrumpibles.
- e) Establecer las bases para el cálculo de las tarifas de las habilitaciones a transportistas y distribuidores y controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes habilitaciones y con las disposiciones de esta ley.
- g) Publicar los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios.
- h) Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento e habilitación de transporte y distribución de gas natural mediante licitación pública;
- i) Asistir al poder Ejecutivo nacional en la convocatorias a licitación pública y suscribir los contratos de concesión y determinar las condiciones de las demás habilitaciones ad referendum del mismo;
- k) Autorizar las servidumbres de paso mediante los procedimientos aplicables de acuerdo a lo dispuesto por el art. 23 de esta ley, y otorgar toda otra autorización prevista en el presente;
- ñ) Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso.”

el Marco Regulatorio de la Energía y creó el Ente Regulador de la Energía (ENRE) en su art. 56 en los incs. a), b), d), f) j) k), m).²⁹

Del análisis de las mismas puede apreciarse que se trata de facultades de control,³⁰ que además, reitero, eran las únicas que el legislador tenía en mente al momento de crear los mismos, y a lo único que constitucionalmente estaba habilitado.

Ahora bien, existen casos donde expresamente se previó como facultad del ente la potestad regulatoria. En efecto, el dec. n° 999/92, que estableció el Marco Regulatorio del Agua y creó Ente Tripartito de obras Sanitarias (ETSS),³¹ estableció en su art. 17, inc. b):

“Art. 17. *Ente regulador*

Facultades y obligaciones. El ente regulador tiene como finalidad ejercer el poder de policía y de *regulación* y control en materia de prestación del servicio público de provisión de agua posible y desagües cloacales en el área regulada...”³²

Recordemos por una parte, que estamos frente a una entidad autárquica creada por el Poder Ejecutivo mediante el dec. 999/92 y que el fundamento de la potestad del dictado del referido decreto fue la delegación legislativa efectuada mediante el reglamento de necesidad y urgencia 2074/90, y por la otra, que como lo

²⁹ “Art. 56: el ente regulador tendrá las siguientes funciones y facultades:

- a) Hacer cumplir la presente ley, su reglamentación y disposiciones complementares, controlando la prestación de los servicios y el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los contratos de concesión;
- b) Dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse los productores, transportistas, distribuidores y usuarios de electricidad en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de acceso a inmuebles de terceros y de calidad de los servicios prestados;
- d) establecer las bases para el cálculo de las tarifas de los contratos que otorguen concesiones a transportistas y distribuidores y controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes concesiones y con las disposiciones de esta ley;
- e) Publicar los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios;
- f) Determinar las bases y concesiones de selección para el otorgamiento de concesiones de transporte y distribución de electricidad mediante procedimientos públicos o privados cuando razones especiales debidamente acreditadas así lo justifiquen;
- j) organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas previsto en esta ley;
- k) Velar pro la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública en la construcción y operación de los sistemas de generación, transporte y distribución de electricidad, incluyendo el derecho de acceso a las instalaciones de propiedad de generadores, transportistas, distribuidores y usuarios, previa notificación, a efectos de investigar cualquier amenaza real o potencial a la seguridad y conveniencia públicas en la medida que no obste la aplicación de normas específicas;
- m) Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso.”

³⁰ Por último citaré el dec. n° 1185/9030, que creó la Comisión nacional de telecomunicaciones—creación de dependencia del poder Ejecutivo—, en el cual se señalan como potestades regulatorias las establecidas en el art. 6°, inc.b) (parcialmente), d) y IV): “Art. 6°: Facultades y Deberes. La Comisión nacional de Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones: b) Administrar el espectro radioeléctrico excluyendo el de radiodifusión, realizar la gestión de órbitas de los satélites y disponer las medidas relativas a la provisión de servicios satelitales en el país y autorizar el uso e instalación de los medios u sistemas satelitales para telecomunicaciones. d) Dictar los reglamentos y aprobar las normas técnicas de los servicios de telecomunicaciones. i) Prevenir conductas anticompetitivas, incluyendo los subsidios desleales que reciban los servicios en régimen de competencia de parte de los servicios en régimen de exclusividad o prestados sin competencia efectiva. t) Aplicar las sanciones previstas en las licencias, autorizaciones o permisos y en la normativa aplicable en materia de telecomunicaciones. u) ejercer las atribuciones de autoridad de aplicación de la Ley nacional de Telecomunicaciones y sus normas reglamentarias, así como las funciones que el anexo I del dec. n° 62/90 y sus modificatorios, y la licencias que se otorguen atribuyan a la autoridad regulatoria, expidiendo los reglamentos y actos pertinentes de tráfico”

³¹ Promulgación: 18/06/1992; Publicación: B.O., 30/06/1992.

³² El mismo artículo establece: “en tal sentido tendrá a su cargo asegurar la calidad de los servicios, la protección de los intereses de la comunidad, el control, fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes y del contrato de concesión. A tal efecto posee las siguientes facultades y obligaciones: Inc. a: Cumplir el marco regulatorio y el contrato de concesión del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales y sus normas complementarias realizando

a facultades regulatorias de los entes, en realidad, en general se refiere a típicas facultades de control y fiscalización. En efecto, se han señalado como potestades regulatorias las previstas en: la ley n° 24.076²⁶ (Marco Regulatorio DEL Gas natural [transporte e distribución] y que crea el Ente Regulator del Gas [ENARGAS]), en su art. 52 en los incs. a), b) c) d) e) g) h) i) k) y ñ);²⁷ la ley n° 24.065²⁸ (que estableció expusimos, con anterioridad a la reforma y de acuerdo a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nunca se admitió tal delegación, por ende mal podía conferirse al ente, dicha potestad.³³

5.2 Después de la reforma constitucional

Ahora bien, señalemos aquí, que luego de la reforma constitucional de 1994 el actual art. 76 prescribe:

“Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”

Por su parte la disposición transitoria octava, siempre de la Constitución

³³ Ver CAIELLA, Pascual: “El servicio de provisión e agua potable y desagües cloacales. La privatización de Obras Sanitarias de la Nación. Su renegociación”. *AeDP*, n° 7, mayo-agosto 1998, Ad-Hoc, 1998, Allí refería sobre la necesidad de ratificación por ley del dec. n° 999/92. En particular decía: “Con fecha 18 de junio de 1992, el Poder Ejecutivo nacional aprobó por medio del dec. n° 999 el Reglamento Administrativo regulatorio de los distintos aspectos de los servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales de competencia de Obras Sanitarias de la Nación...el fundamento de la potestad del dictado del referido decreto, fue la delegación legislativa efectuada, de acuerdo al criterio del Poder Ejecutivo, mediante el reglamento de necesidad y urgencia 2074/90, por el cual en su art. 20 se estableció la obligación del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de elevar al Poder Ejecutivo nacional el proyecto de reglamento administrativo regulatorio de las prestaciones, fiscalización y control, y la protección al usuario y a los bienes del Estado en los distintos servicios públicos comprometidos en las concesiones, privatizaciones y provincializaciones que allí se aluden... A su vez, el fundamento de la potestad, se basó en la creación del ente tripartito dispuesta en el Anexo I de la Ley n° 23.696 para la concesión de la ex Obras Sanitarias de la Nación”.

“como primer problema, tenemos que el reglamento administrativo aprobado por el dec. n° 999/92 se fundamenta en una delegación efectuada por el propio Poder Ejecutivo a sí mismo por la utilización de una potestad legislativa fundada en la necesidad y urgencia. Situación ésta que de por sí es sumamente problemática.

Pero la segunda cuestión radica en indagar si el marco regulatorio de un servicio público privatizado puede ser materia delegada por el Congreso de la Nación en los términos de la Constitución reformada, porque es claro que con anterioridad a la reforma y de acuerdo a los precedentes de la C.S.J.N. nunca se admitió tal delegación, aunque fueron constitucionalizados algunos reglamentos delegados mediante artilugios semánticos (caso ‘Cocchia’)... La regulación de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de bienes y servicios y el productor, distribuidor, comercializador y prestador en sentido amplio de esos bienes y servicios, a así como la intervención estatal y privada en el control, está reservada a la ley.

¿ Podría ser delegada esta facultad? Entiendo que no, la Constitución obliga al legislador a regular una determinada materia o situación. El legislador no puede delegar lo que lo ha sido expresamente atribuido como deber, no en la norma general de atribución de la potestad legislativa del art. 75 sino en una norma especial para defensa de los derechos humanos o fundamentales del consumidor o usuario”.

nacional, determina:

“La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de vigencia e esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.”

Entonces, las facultades asignadas a los entes en materia de regulación deben analizarse a la luz del principio constitucional antes referido. Y de ello resulta que si las facultades que se consideren delegadas corresponden a materias prohibidas, deben derogarse, y si en cambio pueden encuadrarse en el ámbito permitido (administración o eventualmente emergencia pública) quedan sujeto a lo preceptuado por la disposición transitoria octava.

Por ello, entiendo, que tampoco después de la reforma de nuestra Carta magna existe la posibilidad de delegar potestades regulatorias a los entes, y en el supuesto que ello quisiera implementarse deberá observarse naturalmente el límite cualitativo y temporal fijado por la Constitución.

Aquí debo señalar que, por medio de la ley n° 25.148³⁴ se aprobó la totalidad de la legislación delegada preexistente a la reforma constitucional de 1994, a la que aludía la cláusula transitoria octava de la Constitución Nacional, y ratificaba en el Poder Ejecutivo por tres años la totalidad de la delegación legislativa sobre materias que dicha ley considera como “determinadas de administración (entre ellas expresamente se prevé en el art. 2º, inc. el]: “La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación”) o situaciones de emergencia pública emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994.³⁵

Con lo cual se reconoce expresamente que las potestades regulatorias en materia de servicios públicos pertenece al Congreso de la Nación.

³⁴ B.O., 24/08/1999.

³⁵ Increíblemente, esta ley pasó casi desapercibida para la doctrina nacional. Estableció en su art. 1º: “Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo, ratifícase en el poder Ejecutivo, por el plazo de tres años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. El Poder Ejecutivo nacional ejercerá su atribución con arreglo a lo dispuesto en el art. 100, inc. 12 de la Carta Magna”. Y la pregunta que se impone es ¿ que ratifica? Si no existía esta facultad antes de la reforma constitucional, como lo hemos expuesto. Y en un aún más increíble art. 2º se realiza una delegación en blanco, porque lo que establece como materia determinada, en realidad es todo. En efecto dicho artículo establece: “Art 2º: A los efectos de esta ley, se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con: a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso. El correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización; b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno, c) La organización y atribuciones de la jefatura de Gabinete y de los Ministerios; d) La creación, organizaciones y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del centro y fiscalización en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación; f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país”.

5.3 Ejemplos de decisiones que implican potestades regulatorias. La realidad

Ahora bien, si analizamos las medidas que diariamente publica el Boletín Oficial, veremos como los entes reguladores, no obstante lo expuesto hasta aquí, desde antes, y por supuesto después de la reforma constitucional, efectivamente llevan adelante potestades regulatorias.

Baste como ejemplo referir entre otras, las que establecen nuevos cuadros tarifarios (p. ej., la resol. 110/94 del ENRE, que estableció el nuevo cuadro tarifario para las empresas prestadoras del servicio, la resol. 253/95 del ENARGAS que estableció un nuevo cuadro tarifario para los servicios de transporte y distribución de gas natural por redes), las que establecen procedimientos para la aplicación de sanciones (p. Ej., resol. 23/94 del ENRE), o cuando establecen reglamentos para la ejecución de obras por terceros vinculadas a la concesión dl servicio de que se trate (p. Ej., resol. 80/95 del ETOSS).

Y como ejemplo paradigmático analizaré brevemente el Reglamento del Usuario de los Servicios públicos de Provisión de Agua potable y Desagües Cloacales, aprobado por resol. 32/94 del ente regulador del agua (ETOSS).

EL Marco Regulatorio de dicho servicio estableció en el art. 17 in. B) como facultad del ente regulador, aprobar a propuesta del concesionario un “Reglamento de Usuarios” que contenga las normas regulatorias de los trámites y reclamaciones de los Usuarios de conformidad con las previsiones del Anexo D y los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia de los procedimientos.

Es decir esta resolución se fundamenta en la delegación que el Poder legislativo efectuó al poder Ejecutivo nacional que a su vez, según en último considerando de dicha resolución, ha sido delegada en el mencionado ente tripartito.

Es decir que la regulación de los derechos y obligaciones de los usuarios, y por lo tanto el derecho a la calidad del servicio, proviene de una potestad delegada por un órgano que a su vez, según en último considerando de dicha resolución, ha sido delegada en el mencionado ente tripartito. Cabe agregar, para mal lamentablemente, que la etapa de estudio del Reglamento del usuario “...tuvo su inicio con la presentación del concesionario de su proyecto, el que fue exhaustivamente

³⁶ Ver resol. 32/94, consid. 1º, *Boletín Oficial*, nº 27.900, Del 27/05/1994.

³⁷ Dec. 375/97. Art. 14: “Créase en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, dentro de la jurisdicción del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos —Secretaría de Obras Públicas y Transporte—, el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, el cual deberá llevar a cabo todos los actos que resulten necesarios a fin de cumplir con los siguientes principios y objetivos (...)”

analizado por este organismo (el ETOSS)...”³⁶

Otro ejemplo de inconstitucionalidad de potestad regulatoria lo constituye el caso del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) creado por el decreto del Poder Ejecutivo nacional 375/97.³⁷ Con fecha 23 de septiembre de 1998 el ORSNA dictó por resolución 172/98, el “Reglamento de Procedimiento para la Subsanción de las Controversias que se planteen ante el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos”.³⁸

Otro supuesto lo constituye el reciente dec. 764 del Poder Ejecutivo nacional que desregula los servicios de telecomunicaciones. Sobre éste volverá mas adelante.

Es decir que en aquellos supuestos que los entes reguladores efectivamente

ejercen potestades regulatorias, sus actuaciones son de carácter legislativo

legislativa) aprobó los decs. 375/97 y 500/97, así como también todos los actos que hicieron a la privatización del sistema aeroportuario, desde el dictado del Marco Regulatorio hasta la creación del ente de control. Ello así porque dicha privatización no estuvo prevista en las leyes que dieron sustento a la Reforma del Estado. *Con lo cual una vez más queda confirmada la titularidad del Congreso de las potestades regulatorias.* Con lo cual también quedó ratificada la resolución 172/98, que reprodujo en lo sustancial los arts. 17.30, 28, 29, 30 y 33 del dec. 375/97. Establecen los mismos: “... Art. 17: El Organismo Regulador tendrá las siguiente funciones:

... 17.30. Resolver las diferencias entre el concesionario o administrador del aeropuerto y el Estado nacional, o entre éstos y los usuarios, y todo conflicto suscitado con motivo o en ocasión del desarrollo de actividades aeroportuarias, con facultades suficientes para hacer cumplir o requerir el cumplimiento de las decisiones adoptadas... Art. 28: En sus relaciones con los particulares y con los demás organismos de la Administración pública nacional, el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, se regirá por los procedimientos establecidos en la ley nacional de procedimientos administrativos y sus disposiciones reglamentarias, con excepción de las regulaciones dispuestas expresamente en el presente decreto. Toda controversia en la que el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos sea parte, deberá ser sometida a la jurisdicción nacional en lo contencioso administrativo federal. Art. 29: 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. Art. 30: Las decisiones del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos de naturaleza jurisdiccional agotarán la vía administrativa... Art. 33: Cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio, o pro denuncia, el del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos considerase que un acto es violatorio del presente decreto, de las normas dictadas en su consecuencia o del contrato de concesión, y siempre que la entidad del caso así lo aconsejara, notificará de ello a todas las partes interesadas y convocará a una audiencia de conciliación, estando facultado para, previo a resolver sobre la existencia de dicha violación, disponer según el acto de que se trate, todas aquellas medidas de índole preventiva que fueran necesarias.

³⁹ En el caso más reciente, en la Ciudad de Buenos Aires, por ley 210 (BOCBA n° 752, del 10/8/99) se ha creado el Ente Único Regulador de Servicios Públicos. Fue concebido como órgano de control externo específico. Según la Constitución, su objeto consiste en el ejercicio del “control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la Administración central y descentralizada o por terceros, para la defensa y protección de los derechos de los usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto” (art. 138).

No constituye técnicamente un órgano de representación del usuario, sin perjuicio de que sus decisiones en ejercicio del contralor que se le confiere, deben siempre y necesariamente preservar sus derechos.

A los efectos de otorgar atribuciones al Ente se ha tomado en cuenta el tipo de servicios, bajo su competencia, locales, nacionales e interjurisdiccionales. En efecto, respecto de los servicios prestados por la Administración local (por sí o por terceros) el Ente ejerce la amplitud del control conforme a las funciones enumeradas en el art. 3° de la ley. En relación a aquellos servicios públicos cuya fiscalización la Cuidad ejerce junto con otras jurisdicciones, es decir los servicios interjurisdiccionales y los nacionales, el Ente se reserva un mero seguimiento, a fin de velar por los intereses de los usuarios, la competencia y el medio ambiente.

Las competencias políticas han quedado en cabeza de la administración centralizada y las competencias de control, a cargo del Ente. En efecto, la fijación de políticas específicas para cada uno de los servicios involucrados quedó a cargo del Ejecutivo local, a través, por ejemplo, de la elaboración de los pliegos, adjudicación y modificación del contrato, o a cargo de la Legislatura, a través de la elaboración de la normativa aplicable.

En cabeza del Ente se prevén, en cambio, entre otras, las siguientes atribuciones: -verificar el correcto cumplimiento de las leyes o normas reglamentarias... (inc. a); -controlar la actividad de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos previstos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios... (inc. b); -controlar el cumplimiento de los contratos de concesión, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones... (inc. e); -recibir y tramitar quejas y reclamos que efectúen los usuarios en sede administrativa tendientes a resolver el conflicto planteado con el prestador (inc. j); -ejercer jurisdicción administrativa... (inc. k); -reglamentar el procedimiento para la aplicación de sanciones y aplicar las misma respetando los principios del debido proceso (inc. 1°).

La Legislatura se ha reservado una serie de atribuciones de control político sobre el Ente tales como: a) el nombramiento y remoción de los integrantes del Directorio (arts. 4° y 8°); b) la obligación impuesta al Presidente de informar anualmente a la Legislatura (art. 3° inc. u); y c) la necesidad de ratificar la intervención dispuesta por el Ejecutivo por medio del procedimiento establecido para los decretos de necesidad y urgencia (art. 24).

La ley contempla el sometimiento obligatorio de ciertas controversias a la jurisdicción obligatoria del Ente (art. 20). Se concibió la estructuración del Ente como entidad autárquica.

Veamos lo referido a las potestades normativas. El nuevo Ente no tiene potestades reglamentarias y no será sencillo la concesión de facultades de reglamentación a los entes, atento a que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su art. 84 prohíbe toda posibilidad de delegación de las facultades concedidas a la Legislatura, siendo que lo atinente a los servicios públicos es una cuestión asignada a ese cuerpo en los incs. “g” y “h” del art. 80.

No obstante señalo que, en la generalidad de su actuación, los entes reguladores han quedado reducidos a un cometido de control, es decir comparar la conducta del regulado con el marco que lo rige y aplicarle una sanción si la conducta se aparta del mismo.³⁹

6 Aspectos referidos a la Ley de Defensa de la Competencia en la Argentina

6.1 Marco constitucional

En la Argentina, como ya anticipara, la reforma constitucional operada en 1994, introdujo un capítulo en la parte dogmática de la misma, denominado “Nuevos derechos y garantías”, en cuyo art. 42 trajo cambios substanciales en lo que a nuestro tema se refiere.

En efecto, el art. 42 de la Constitución Nacional da fundamento a la nueva Ley de Defensa de la Competencia como a los diversos marcos regulatorios de los servicios públicos, incluidos sus entes de control y regulación.⁴⁰

Dice el art. 42 de la Constitución Nacional:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de

⁴⁰ Sobre el particular, ver SALOMONI, Jorge Luis: “El artículo 42 de la Constitución y la vinculación entre sus normas reglamentarias: el régimen legal de defensa de la competencia y los marcos regulatorios, entes o agencias reguladoras de los servicios públicos en la República Argentina”, *AeDP*, n° 12, enero-abril 2000, Ad-Hoc, 2000, p. 31.

usuarios.

La legislación establecerá procedimientos para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de la asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Esta norma, como sostiene Salomoni,⁴¹ ha producido un profundo cambio de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir como sujeto determinante y cotitular del interés público implicado, al usuario.

En efecto, como sostiene el destacado jurista argentino, la norma “le ha asignado a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de los monopolios naturales y legales por parte del estado, la categoría de derecho fundamental de los usuarios u consumidores, y dentro de estos fundamentalmente, a los servicios públicos”.

Por lo cual resulta indispensable para el análisis de la regulación de los servicios públicos y el control de las conductas que afecten al mercado, introducir al sujeto usuario como factor determinante.

En este sentido debe señalarse la Ley de Defensa del Consumidor, 24.240,⁴² anterior a la reforma constitucional de 1994, pero sin duda otras de las normas reglamentarias del art. 42 de la Constitución Nacional.

⁴¹ SALOMONI, Jorge Luis: op. cit., pp. 34 y ss. Debe destacarse lo expuesto con referencia a la tendencia que ha seguido el constituyente en la última reforma de nuestra Carta Magna en el sentido de que: “El constituyente reformador se ha inscripto en la tendencia que Bobbio denominó de especificación de los sujetos titulares de esos derechos”, para agregar más adelante que entre esos colectivos se encuentran los titulares de los servicios públicos. Y preguntándose sobre si de la norma constitucional distingue al consumidor *latu sensu* de un usuario de servicios públicos y cuál es el contenido material que tienen los derechos establecidos en el referido art. 42 de la Constitución Nacional en relación a una concesión, licencia o permiso de obra o servicio público, expresa: “Puede decirse que el art. 42 de la C.N., establece una protección diferenciada para el usuario de un SP, que se distingue del consumidor *latu sensu*, debido a que:

1. además de la protección genérica del art. 42;
2. se incluye la obligación para la autoridad administrativa, y por ende se otorga un derecho a los usuarios de exigir conductas tales como:
 - a. la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados,
 - b. el control de los monopolios naturales y legales,
 - c. la protección de la calidad y eficiencia de los servicios públicos.
3. se le atribuyó al legislador la competencia para:
 - a. dictar los marcos regulatorios de los SP de competencia nacional,
 - b. crear los organismos de control de tales servicios,
 - c. previendo en tales organismos de control la participación de las asociaciones de usuarios,
 - d. y de las provincias interesadas”.

Para concluir que “... la norma constitucional en análisis, designa un sujeto acreedor, el usuario y dos sujetos deudores solidariamente responsables: el prestador del servicio y por ende las empresas privadas tanto en el cumplimiento de las reglas de servicio, como también en relación con otras empresas en cuanto pudieran distorsionar, con su prácticas el mercado; y el propio Estado”. Por ello usuario es titular de un derecho subjetivo pleno que le permite acceder irrestrictamente a la jurisdicción administrativa y / o judicial para la defensa de esos derechos.

El art. 3º del mencionado cuerpo establece: “*Interpretación*. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de defensa de la competencia y de lealtad comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”.

Concordantemente el art. 25 párr. 3º de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, establece:

“Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente.”⁴³

6.2 Régimen legal

En cuanto a la defensa de la competencia, éste es un campo de la legislación de nuestro país que ha generado una de las más permanentes tendencias a la reforma en lo atinente a los monopolios, y el legislador ya a principio de siglo estableció una regulación sobre ellos con la ley 11.210 (año 1923) de “Represión y especulación de

⁴³ Agustín Gordillo ha sostenido que: “Con las salvedades y sin olvidar las normas tradicionales del derecho privado, parece haber un umbral regulatorio en las siguientes materias: *Defensa del usuario y consumidor de la competencia, lealtad comercial, etc.* La pieza clave de carácter genérico es la Ley 24.420 de Defensa del Usuario y del Consumidor, que puede considerarse reglamentaria del art. 42 de la Constitución, aunque la preceda en el tiempo por un corto lapso. La Constitución, a su vez, amplía el criterio directriz de dicho marco regulatorio en la tutela de los derechos de usuarios y consumidores. Su parte medular es la existencia de una acción de clase (arts. 52 y 53) y una presunción de orden público (art. 65) a favor del usuario o consumidor (art. 3º)” GORDILLO, Agustín: *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, VII - 11/2, Fundación de Derecho Administrativo.

⁴⁴ Coincidimos con Salomoni, en que debe tenerse como principio hermenéutico que “...el ordenamiento sobre la defensa de la competencia, constituye una reglamentación, o norma subsidiaria, del derecho del consumidor y usuario...” op. cit., p. 40.

Por otra parte debe destacarse que desde las primeras leyes se sostuvo la naturaleza penal de dichas normas, fundamentalmente por la configuración típica penal prescrita en las mismas para la infracción de las conductas prohibidas, lo que imponía la aplicación, a veces supletoria, a veces directa, del Código Penal y del Código Procesal Penal, tanto para la tramitación administrativa, como obligatoriamente para el juez penal que entendía en el caso. Pero como sostiene Salomoni, entendemos que la norma sancionada resulta material y adjetivamente administrativa “...debiendo entender en grado de apelación de las decisiones que adopte el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, como consecuencia de su naturaleza, y por razón de la materia, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, y las salas en lo Contencioso Administrativo de las Cámaras Federales con asiento en el resto del país”, op. cit. pp. 46 y ss. Pero destaquemos que el legislador que sancionó el Proyecto que dio origen a la ley 25.156, determinó la naturaleza comercial de la misma por la elección del fuero judicial que debía intervenir en grado de apelación de las resoluciones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

⁴⁵ Ley 25.156. Art. 1º: “Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto, limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o acceso al mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas”.

Ley 25.156. Art. 3º: Quedan sometidas a las disposiciones de la presente ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional. A los efectos de esta ley, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, atender a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan”.

los monopolios” que rigió con numerosas reformas hasta 1946, y fue sustituida por la ley 12.906 que perseguía los mismo objetivos, hasta llegar a la actual Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, de septiembre de 1999.⁴⁴

La ley determina cuáles son las conductas prohibidas y los sujetos alcanzados⁴⁵ incluyendo el control del abuso de posición y de las concentraciones o fusiones empresarias (Capítulos II y III de la ley), y estableció un nuevo organismo de aplicación del régimen, de naturaleza administrativa y facultades jurisdiccionales, el “Tribunal de Defensa de la Competencia”.⁴⁶

Éste es un organismo autárquico, que está compuesto por siete miembros (art. 18), nombrados por concurso público o a través de un jurado (art. 19), y que durarán seis años en sus mandatos (art. 20), independientemente de los cambios de gobierno que puedan ocurrir.

El dec. 89 del 25/1/2001 reglamentario de la ley 25.156 y establece que “La Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor del Ministerio de Economía tendrá a su cargo la reorganización funcional y administrativa de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, a los efectos de adecuar la misma a lo establecido en la presente reglamentación durante el período de transición hasta la constitución del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia...”.

“La Secretaria de Defensa de la Competencia y del Consumidor del Ministerio de Economía *dictará las normas relativas a los lineamientos para el control de las concentraciones económicas, a la presentación de información en el marco de la notificación de una concentración económica y al mecanismo de opinión consultiva que se ajuste al decreto. Dichas normas tendrán vigencia hasta que el Tribunal de Defensa de la Competencia estime oportuno modificarlas o reemplazarlas...*”

Por su parte el art. 52 de la ley estableció el Tribunal Judicial de Apelación y el mecanismo de apelación de sus resoluciones y el art. 53, determinó que el recurso de apelación deberá interponerse y fundarse ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

El art. 16 de la ley 25.156 nos presenta la previsión que ha hecho el legislador para el supuesto de encontrarse frente a una actividad económica vinculada al servicio público, cuya prestación esté a cargo de empresas o personas a través de un órgano de control. Veamos:

“Cuando la concentración económica involucre a empresas o personas cuya

⁴⁶ El art. 17 de la ley 25.156, estableció: “Créase el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación con el fin de aplicar y controlar el cumplimiento de esta ley. Tendrá su sede en la Ciudad de Buenos Aires pero podrá actuar, constituirse o sesionar en cualquier lugar de la República mediante delegados que designe el presidente del tribunal. Los delegados instructores podrán ser funcionarios nacionales, provinciales o municipales”.

actividad económica esté reglada por el Estado nacional a través de un organismo de la Competencia, previo al dictado de su resolución, deberá requerir a dicho ente estatal un informe y opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo. El ente estatal deberá pronunciarse en el término máximo de noventa (90) días, transcurrido dicho plazo se entenderá que el mismo no objeta la operación.”

De lo hasta aquí expuesto señalemos dos cuestiones fundamentales:

1. No existe en la ley, ni en ninguna otra norma, la prevalecencia del régimen de la competencia por sobre el régimen de regulación del servicio público.
2. Debe tenerse presente, que a la fecha el Tribunal de Defensa de la Competencia no funciona, y que la aplicación de la ley sigue a cargo de la Comisión de Defensa de la Competencia, que es un organismo que funciona en el ámbito de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor del Ministerio de Economía.

6.3 Algunos servicios liberalizados y desmonopolizados

Señalemos aquí que dos son los servicios que en la actualidad se encuentran totalmente liberalizados y desmonopolizados.

6.3.1 Un ejemplo lo constituye - El caso de la privatización del correo oficial⁴⁷

En el caso particular del Correo, el servicio, que había sido estructurado en forma nacional y monopólica, fue sustancialmente desmonopolizado.

La ley 20.216 estableció el marco regulatorio del servicio y el dec. 214/92 crea la autoridad de aplicación del sector, la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (actual Comisión Nacional de Comunicaciones), quien por el art. 3º tendría por objeto:

“...asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios postales y promover el carácter social de la actividad, garantizando a la par, la existencia de un mercado competitivo en la prestación de aquellos servicios no sujetos a régimen de exclusividad.”

⁴⁷Sobre el particular ver, GONZÁLEZ MORAS, Juan M.: “Servicios postales. Su actual regulación y desmonopolización”, *AeDP*, nº 11, Ad-Hoc, septiembre-diciembre 1999. Realiza el autor un pormenorizado estudio sobre el servicio postal que abarca desde los primeros antecedentes en el derecho argentino, pasando por las primeras normas orgánicas para la Administración nacional, para luego analizar la reforma del Estado y el servicio, su liberalización y desmonopolización, los servicios postales en la Unión Europea, para luego analizar el caso argentino. En mérito a la brevedad e él remitimos.

⁴⁸Estableció el art. 1º: “Suprímese el monopolio postal. El mercado postal local e internacional será abierto y competitivo”.

Será el dec. 1187/93 el que desmonopolizará la actividad postal, y establecerá las condiciones mínimas de acceso al mercado postal para los prestadores privados que desearan participar de él condiciones de concurrencia, creándose para ello el Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales.⁴⁸

Como señala González Moras: "...el marco normativo bien puede presentarse como el de un servicio público en régimen de competencia. Con las particularidades que ello implica, fundamentalmente vinculadas a las condiciones de acceso al mercado postal, y a los servicios que puedan prestarse, incluyendo esto la temática del servicio universal, también receptado por el mismo marco normativo", para agregar mas adelante: "Siendo, por otra parte, un hecho saliente — dentro del panorama del servicio público en nuestro país — el de la coexistencia de dos regímenes de delegación del servicio en particulares (dos técnicas de habilitación): la concesión, para el caso del correo oficial, y la autorización o licencia, para el caso de los demás prestadores postales".⁴⁹

No hay una verdadera definición del servicio universal, sino más bien una asimilación del concepto de universalidad con el de *obligatoriedad*.⁵⁰

Lo que queda claro, sin embargo, es que los servicios que *obligatoriamente* debe prestar el concesionario del correo oficial, deben integrarse al concepto de servicio universal, y ser prestados en tanto obligaciones de servicio público.

En cuanto al control y regulación, el sistema creado a partir de los decs. 214/92 y 1187/93 se asienta, a su vez, en una autoridad de aplicación del sistema postal que, en general, ha ido perdiendo competencias o capacidad regulatoria. En efecto, la Comisión Nacional de Comunicaciones, conforme establece el art. 8º de este decreto tiene las siguientes funciones:

"...En materia postal ejercerá el poder de policía controlando el cumplimiento efectivo de las leyes, decretos y reglamentaciones, y fiscalizando la actividad realizada por el correo oficial y los prestadores privados de servicios postales, asegurando la calidad de las prestaciones y la observancia de los principios de regularidad, igualdad, generalidad y continuidad en el desarrollo de la actividad y inviolabilidad y secreto postal..."

El ejercicio del poder de policía de que habla el artículo está, al decir de González Moras "...sustrayendo toda posibilidad de *regulación* de la actividad postal por

⁴⁸ GONZÁLEZ MORAS: op. cit., pp. 114 y 115.

⁵⁰ El servicio universal, como tal, sólo ha sido descrito por el art. 3º del dec. 115/97 en estos términos:

Art. 3º: En todo el territorio de la República Argentina la empresa Nacional de Correos y Telégrafos S.A. prestará sin exclusividad y en forma obligatoria el servicio postal universal de correspondencia simple interprovincial de hasta veinte (20) gramos por unidad..., los telegramas simples de hasta veinte (20) palabras... y los giros postales de hasta pesos un mil (\$1.000).

parte de la Comisión, convirtiéndola en un verdadero organismo controlador del marco legal del servicio”.

6.3.2 El caso de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones

La ley 23.696 y la normativa posterior de privatización fueron los puntos de partida para reestructurar el sector de las telecomunicaciones en la República Argentina, y establecieron las bases para abrir a la competencia un mercado que en el ámbito mundial optó por aquélla.

Y así se dispuso la exclusión de todos los privilegios y / o cláusulas monopólicas y / o prohibiciones discriminatorias, aunque derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obstara a los objetivos de la privatización o que impidiera la desmonopolización o desregulación de los servicios públicos, y se establecieron los lineamientos para la privatización del servicio básico telefónico, modificando para ello la Ley 19.798 de Telecomunicaciones.

Por medio del dec. 62/90 se aprobó el Pliego de Privatización de la Prestación del Servicio de Telecomunicaciones y cumple con el primer objetivo señalado por el legislador estableciendo un plazo de 10 años para alcanzar con plenitud los objetivos de desregulación y desmonopolización al haber permitido que se mantenga en el país, sólo durante ese período, la prestación en exclusividad del servicio básico telefónico y de los servicios internacionales.

El pliego estableció que de otorgarse la prórroga de la exclusividad, se produciría indefectiblemente la apertura total a la competencia del mercado de las telecomunicaciones a partir del 8 de noviembre de 2000. De tal manera, por el dec. 264/98 se estableció un sistema de competencia de sólo 4 prestadores por un período limitado que concluyó en la fecha referida, cumpliéndose con las obligaciones de

⁵¹ Destaquemos que la República Argentina suscribió el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Organización Mundial del Comercio ratificado por la ley 25.000 asumiendo el compromiso de abrir a la competencia los servicios de telecomunicaciones, sin restricción alguna, con posterioridad al 8 de noviembre del 2000 exceptuando los servicios satelitales.

⁵² Del 3/9/2000.

apertura irrestricta del mercado, asumida por el Estado nacional.⁵¹

Recientemente, por medio del dec. PEN 764,⁵² se estableció la desregulación y se aprobaron los Reglamentos de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones.

Asimismo, por medio del Reglamento General de Servicio Universal⁵³ (uno de los Anexos del dec. 764/00) se establecieron los principios y normas que regirán el servicio universal, los servicios incluidos, los sectores beneficiados, los sujetos obligados a su prestación y los métodos para establecer los programas, así como los costos evitables netos de la prestación de las obligaciones del servicio universal y el mecanismo de financiación (art. 1º).

En cuanto al organismo de control, como se explicó, es la Comisión Nacional de Comunicaciones en dependencia de la Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación, otro ente descentralizado, cuya función será la regulación administrativa y técnica, el control, fiscalización y verificación en materia de telecomunicaciones y posta, de acuerdo con la normativa aplicable y las políticas fijadas por el Gobierno nacional a través de la Secretaría de Telecomunicaciones — arts. 1º, 3º y 4º.

7 Conclusiones finales

Como se podrá apreciar, aún nos encontramos muy lejos del control doble y cruzado que la existencia de una efectiva liberalización de los mercados por un lado, junto con la existencia de una autoridad de control de los mismos que detienen y ejerzan efectivamente potestades regulatorias, como sucede en Europa.

Como hemos visto en la Argentina, por las propias particularidades que fundó el camino de la reforma de Estado, las características de la regulación de los Servicios Públicos y la concurrencia, son bien diversas a las europeas.

En efecto, la transferencia del cometido público a privados (privatización de

⁵³ Señalemos que en las condiciones fijadas por el Reglamento de Licencias aprobado por el referido dec. 764/00, se resguardan el libre acceso al mercado de los eventuales operadores, estableciendo requisitos que no son obstáculos para el desarrollo de un mercado competitivo y garantizan razonablemente el cumplimiento de los siguientes requisitos:

La eliminación de las restricciones que impidan el acceso de los operadores a los mercados.

La presentación de servicio bajo requisitos técnicos y de calidad.

El comportamiento competitivo de los operadores, los que deberán abstenerse conforme el principio general prohibitivo contenido en la reglamentación de incurrir en conductas anticompetitivas o de precios predatorios.

La protección a los usuarios en todo cuanto se relaciona con la calidad, alcance y costo de los servicios.

La interconexión de redes necesarias para asegurar la interoperabilidad de los servicios.

La protección de los intereses de la defensa nacional y de la seguridad pública.

servicios) no implicó la superación de las reservas legales y por ende la liberación del mercado, por el contrario implicó el paso del monopolio estatal al monopolio privado, en algunos casos la explotación del servicio a cargo de un solo prestador, y en otros la explotación a cargo de más de un prestador, otorgándoles zonas diversas y en exclusividad.

Por otra parte, la Ley de Defensa de la Competencia actual, como fue dicho, no establece su supremacía por sobre la regulación de los servicios públicos.

En cuantos a los entes, con las particularidades señaladas, en la práctica, han quedado reducidos a un cometido de control, es decir comparar la conducta del regulado con el marco que lo rige y aplicarle una sanción si la conducta se aparta del mismo.

Por último, si bien se ha comenzado a liberar algunos servicios, ello está reducido a dos casos, y muy reciente ambos, con lo cual deberá continuarse liberalizando el mercado en aquellos servicios que lo permitan.

Aunque debe tenerse presente que estas experiencias de liberalización siguen el mismo derrotero que en Europa — la flexibilización de las formas de prestación del servicio — para todos aquellos casos que no integran “el núcleo de servicio universal” que define cada marco regulatorio, como en el caso de la actividad postal (dec. 1187/93 mod. 115/97) y el caso de los teléfonos (dec. 764 del 3/9/2000).

Deberemos esperar para ver cómo funcionan ambos controles — el de los servicios y el del Mercado —. Baste como ejemplo referir que en nuestro país, la señalada actividad postal, que como dije ha sido totalmente liberalizada, hoy se está discutiendo la fusión de Oca y el Correo Argentino, los dos mayores prestadores de la actividad, uno de la privada, otro continuador de la oficial, con las fuertes desventajas que esto puede acarrear a los usuarios. La autoridad del servicio, que es la Comisión Nacional de Comunicaciones no es la que debe entender. Sí debe entender el Tribunal de Defensa de la Competencia creado por la ley 25.156. Pero como ya dije, éste aún no funciona. Veremos cómo se resuelve.⁵⁴

Debo destacar que entiendo que las deficiencias señaladas son lógicas. Debe recorrerse un largo camino para poder mejorar. La siempre referente para nosotros, Unión Europea, con cincuenta años de existencia, recién en los últimos quince ha comenzado a actuar en esta orientación, no antes.

Como expresaba el profesor Luciano Vandelli: “La cuestión de los servicios

⁵⁴ En Europa la autoridad de regulación de los servicios resguarda la efectiva prestación del llamado *servicio universal* (es la porción del servicio de que se trate que conserva los caracteres propios del servicio público tradicional que se traducen en “concretas obligaciones de servicios públicos”, que sólo puede ser impuesta al prestador que tenga la obligación del servicio universal, mientras que la autoridad del mercado controla directamente la prestación en concurrencia del resto de los servicios.

públicos y las relativas modalidades de gestión es el tema central en el nuevo modo de ser del Estado. Ese modo de ser que, con una expresión eficaz, ha sido sintetizado *del Estado remador al Estado timonel*. Se está afirmando, particularmente — pero no solamente — en Europa, una tendencia a un cambio del rol del modo de operar y del mismo modo de ser del Estado. El Estado no hace, el Estado no produce más, el Estado regula, el Estado controla, el Estado guía la dirección de las funciones y de los servicios más bien que producirlos materialmente. Esto comporta una serie de consecuencias importantes, y naturalmente refiere a un

⁵⁸ En el Atti del Convegno del 23/10/99 realizado en la República de San Marino sobre "La Liberalizzazione dei servizi pubblici. Tendenze europee e prospettive per a Repubblica de San Marino".