

Tema Tesina: Integración del Directorio del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE). Necesidad de especialización e independencia de sus miembros.

Alumna: Barbieri, Jorgelina Carla

Carrera: Especialización en Derecho Administrativo

Matrícula: 1311-1963

Jorgelina Carla Barbieri

D.N.I. 24.415.515

Integración del Directorio del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE). Necesidad de especialización e independencia de sus miembros-

1. Introducción

El Poder Ejecutivo Nacional, a más de dos décadas de operado el proceso privatizador, debió ser emplazado a dar cumplimiento al procedimiento previsto para la selección y designación de los directores del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, establecido en los artículos 58, 59 y concordantes de la ley 24.065, y en los artículos 58 y 59 del decreto 1398/92, a fin que el Directorio sea integrado por funcionarios con antecedentes técnicos y profesionales en la materia, elegidos mediante la previa convocatoria pública establecida en ese decreto, y con intervención de la comisión bicameral a la que se refiere el artículo 59 de la mencionada ley.

En efecto, en Septiembre del 2009 la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar al reclamo de organizaciones no gubernamentales, exigiendo al Poder Ejecutivo Nacional realizar la convocatoria pública prevista en la legislación aplicable, y dar cumplimiento de esta forma, con las normas que fijan el procedimiento para nombrar los integrantes del Directorio del Ente Nacional Regulador de la Electricidad.

El Estado Nacional, Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios, demandado en autos, dedujo Recurso Extraordinario, el cual fue denegado, originando presentación directa ante la Corte, la que fue desestimada por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma, declarándolo inadmisibile el pasado 21 de febrero de 2013, quedando firme el fallo anterior.

Es decir, el Poder Ejecutivo, al cuestionar el fallo de Cámara desconoció abiertamente su obligación al respecto y consecuentemente, los derechos que se ven afectados como resultado directo de su omisión al cumplimiento de las normas que lo regulan.

En este sentido, debe tenerse presente que la mayor parte de la doctrina, enfatiza dos exigencias a la hora de integrar los órganos de los entes reguladores, ellos son la especialización técnica exigida y la independencia funcional. Estas exigencias, como se verá en el desarrollo del presente, adquieren mayor relevancia, si se tiene en consideración que este organismo regulador y de control, y de conformidad a la postura que aquí se desarrollará,

adquiere las tres funciones básicas de un estado, ello es la función administrativa, legislativa y judicial.

Por ello, las irregularidades evidenciadas en la constitución del órgano directivo (Directorio) del ente a cuyo cargo se encuentran importantísimas funciones, representan sin dudas una amenaza al interés colectivo de los usuarios y también de las restantes partes intervinientes.

La debida integración del órgano superior del ente regulador tiene estricta relación con la posibilidad que cumplan sus funciones con la necesaria independencia funcional, ya que ésta integra la garantía del debido proceso.

Como ya había señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ángel Estrada”, independencia, neutralidad e imparcialidad resultan garantías necesarias para el ejercicio de la actividad por parte de los entes reguladores, en las materias que le han sido legalmente conferidas. Por ello, aquellas condiciones deben estar garantizadas para que tales atribuciones resulten constitucionalmente válidas.

De esta forma, y a más de 20 años del proceso que diera nacimiento a este Organismo, es necesario reafirmar la necesidad que a los Organismos de Control, nacidos como consecuencia del proceso de privatización de los servicios públicos operado en nuestro país, les sea respetada su independencia -o autonomía- funcional y principalmente especialidad en su composición personal, a efectos de garantizar el debido proceso, y evitando de esta forma que puedan ser utilizados de acuerdo a las necesidades políticas del momento. En particular, centraré el presente trabajo sobre el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (en adelante “ENRE”).

2. Proceso Privatizador

A través del proceso privatizador llevado a cabo en nuestro país en los años 90, cuya columna vertebral fue la ley 23.696 sancionada en 1989 y denominada “Ley de Reforma del Estado”, se declaró en “Estado de Emergencia” la prestación de los servicios públicos, legislando consecuentemente sobre las privatizaciones y la participación del capital privado en dicho proceso. La misma tuvo como finalidad contribuir y lograr una mayor satisfacción de la sociedad.

La ley 23.696 destacaba "la carencia de recursos " y el notorio deterioro de las empresas públicas "mal administradas", con "cuadros económico-financieros graves", "déficits acumulados y crecientes" y "servicios ineficientes".

Al amparo de este diagnóstico se abrió paso a un vertiginoso proceso de privatización de casi todas las empresas de propiedad del Estado Nacional. En menos de cinco años se privatizaron todos los servicios domiciliarios: telefonía, electricidad, gas natural, agua corriente y cloacas entre un conjunto más amplio de servicios y empresas productivas.

En las redes de servicios públicos domiciliarios la privatización mantuvo el carácter monopólico, en algunos casos por tratarse de actividades que tienen características de monopolio natural y en otros -en los que resultaba técnicamente posible el funcionamiento competitivo del sector- porque se priorizaron fundamentalmente objetivos de estabilización macroeconómica por sobre la introducción de competencia.

Con el caso argentino se reafirmó que tras la égida privatizadora no necesariamente los servicios públicos operan en condiciones de competencia, ello por cuanto la característica de monopolio natural de algunos de dichos servicios a privatizar, como la distribución eléctrica y la del gas, hacían necesaria su prestación por parte de una sola organización, dado que ello resultaba sustancialmente más económico que la que existiría en un marco competitivo.

Este proceso privatizador no se limitó solo a la transferencia de las actividades a manos privadas, sino que fue necesario erigir un nuevo marco normativo –conocido como marco regulatorio-, con la finalidad que se regule y controle a estas empresas a las cuales se les asignó la prestación de los servicios, ello con el objetivo de poder garantizar una prestación eficiente, y por sobre todas las cosas, la protección de los derechos de los usuarios.

Por ello, la conformación de mercados cautivos de usuarios en servicios públicos básicos tornaron necesario un mayor nivel de regulación y control de estas actividades, y por consiguiente, resultó necesaria la creación de organismos destinados a tal fin. Debe tenerse presente, que con posterioridad a este proceso, la Constitución Nacional -reformada en el año 1994- incorporó con rango constitucional los derechos de los usuarios de servicios públicos, de conformidad al artículo 42 de dicha Carta Magna.

3. Antecedentes de la industria de Energía Eléctrica

La generación, transporte y distribución de electricidad en nuestro país se encontraba en una profunda crisis a fines de la década de 1980.

El sector estaba completamente desfinanciado, con tarifas subsidiadas, y el gerenciamiento de esta actividad –en su totalidad en manos del Estado Nacional, con decisiones centralizadas y planes de inversión sin integrales fundamentos económicos- había provocado gravísimos desastrosos en las decisiones de corto, mediano y largo plazo. El sistema a nivel nacional había colapsado.ⁱ

Las empresas eléctricas se encontraban agobiadas por su mala administración, además, eran utilizadas como elemento de recaudación fiscal, presentaban un enorme endeudamiento, y tenían excesivos costos originados en los precios reconocidos a sus contratistas. Estas, fueron algunas de las causas que obraron deteriorando su desempeño en los últimos años, conduciendo a una importante crisis de abastecimiento.

En el país, existían principalmente cinco empresas estatales nacionales, de distribución, transporte y generación de electricidad ((i) SEGBA –Servicios Eléctricos de Gran Buenos Aires- ; (ii) Agua y Energía Eléctrica –AyEE-; (iii) Hidronor; (iv) las centrales nucleares y (v) los Entes Binacionales Yacretá y Salto Grande).

Conjuntamente con las empresas nacionales, existían empresas provinciales de transporte y distribución, y cooperativas eléctricas, con diferentes grados de integración. Existía un sistema nacional interconectado y un despacho unificado de cargas.

Esta diversidad se superpone a la existencia de tres jurisdicciones regulatorias que son: la nacional; la provincial y la municipal.

Como adelanté, la ley 23.696, de Reforma del Estado, declaró el estado de emergencia de la actividad eléctrica. Por ello, a través de su Capítulo II, se estableció “Concesionar” a la actividad privada, la Distribución y Comercialización de SEGBA, compañía integrada que generaba, transmitía y distribuía energía para un área de 14.000 km² con una población de quince millones de habitantes.ⁱⁱ

El plan de privatización del sector eléctrico a nivel nacional consistió en su desintegración vertical, y determinó diferentes unidades de negocios.

SEGBA, que operaba el servicio público en capital federal y en 31 partidos de la provincia de Buenos Aires, fue transformada en siete unidades de negocios, cuatro generadoras (Central

Puerto, Central Costanera, Pedro de Mendoza y Dock Sud); y tres Distribuidoras (EDESUR, EDENOR y EDELAP).

Este plan se complementó con las actividades de generación y transporte que surgieron de Hidronor y AyEE, que aportaron con la privatización dieciséis empresas de generación y siete de transporte.

Dicho proceso de transformación en el sector eléctrico fue dado por el decreto 634/91 y la ley 24.065 que complementó la ley 15.336, modificada en los aspectos que hacen a las instituciones propias del proceso de transformación, y el decreto N°1398/92, reglamentario de la ley 24.065 y Los Procedimientos (“Los procedimientos para la programación de la operación, el despacho de cargas y el cálculo de precios”, un compendio de resoluciones dictadas a partir de la Resolución Ex SEE 61/92, 137/92 y numerosas modificaciones y complementarias). Esta normativa conforma el Marco Regulatorio Eléctrico (MRE). Deben considerarse también las disposiciones de carácter general incluidas en los Contratos de Concesión de transportistas y distribuidores.

Es decir, y como adelanté, el nuevo plan de privatización, y su marco regulatorio, separó las actividades de distribución, transporte y generación. La generación, fue definida como una actividad de interés generalⁱⁱⁱ. Por ello, se estableció en un marco de competencia con algunas variables a ser controladas por el Organismo de Control creado a tal fin. Por su parte, para el caso de transporte y distribución, se los definió a ambos como servicios públicos en monopolio, con tarifas reguladas, obligación de abastecer toda la demanda, un régimen de calidad de servicio, y “open access”, es decir que cualquiera puede hacer uso de aquéllos sin restricción u oposición.

Asimismo, las empresas de generación térmica e hidroeléctrica, si bien no están controladas directamente por el ENRE (salvo en cuestiones ambientales –las térmicas- que sí el ENRE es la autoridad de aplicación y control), deben cumplir una serie de requisitos establecidos por CAMMESA, para ingresar en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM).

El Marco Regulatorio Eléctrico les asignó la responsabilidad empresaria a actores privados. Dichos actores se fueron incorporando en todos los segmentos de la industria del sector eléctrico.

Todo esto constituyó un fenómeno interactivo de gran dinámica, **en que la figura del ente de control** vio incrementadas sus responsabilidades, **como producto de la necesidad de conocer y visualizar permanentemente los requerimientos de todas las partes actuantes.**

Quedaron en ese entonces bajo la jurisdicción del ENRE siete empresas de transporte de jurisdicción nacional y tres empresas de distribución que continuaron bajo la órbita federal que prestarían servicio en la Ciudad de Buenos Aires y en los partidos del Gran Buenos Aires que eran servicios por SEGBA.

Como consecuencia de esto, **se estableció la necesidad de que el Estado actuara como garante de la transparencia de los mercados en competencia (generación). En razón de la transferencia a entidades privadas de los servicios públicos con carácter monopólico (transporte y distribución), la regulación planteó condiciones para activar la competencia, allí donde no era posible.**

En consecuencia, el estado concentró su actividad en el control de las empresas privatizadas, con el fin primordial de proteger adecuadamente los derechos de los usuarios.

4. El origen y la finalidad de los Entes Reguladores

Para poder definir el origen es necesario -previamente- esgrimir un concepto inequívoco de qué son los servicios públicos, ya que son el objeto de control, ello sin perjuicio de las condiciones de la prestación de los mismos que hasta aquí he enunciado. En consecuencia, se entiende en sentido amplio que el servicio público es toda prestación mediante la cual se satisface una necesidad, un interés general, o el bien público.

Entonces, es claro que si nos referimos a los servicios públicos, estamos hablando de prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explicitan las funciones o fines del estado. Nadie puede negar la importancia que tiene el servicio eléctrico para la sociedad entera, ya que a mi juicio es el más universal y el más costoso de reemplazar.

La prestación de estos servicios, el Estado puede ejecutarla *per se* o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero **siempre debe realizarlo bajo estricta fiscalización estatal**. Gordillo mantiene su postura que la titularidad del servicio público siempre estará en cabeza del Estado, sea cual fuere la figura a través de la cual se lo presta.

A pesar de parecer clara esta concepción y la importancia de resguardar la prestación del servicio, es de resaltar que esta noción conceptual evolucionó a lo largo de los años en la vida económica de la Nación, pasando por distintas formas y medios de manifestarse.

Así podemos decir, que en el Estado liberal (siglo XIX) regía una concepción política y jurídica que hacía que los particulares se ocuparan de la propia satisfacción de las necesidades colectivas y el Estado sólo ejerciera una función orientadora. Luego, bajo el amparo del concepto de “Estado de Bienestar”, la evolución social acompañada por una legislación acorde a ella obligó al Estado a tomar nuevos roles, indelegables en muchos casos según la figura legal que investía (Estado empresario/prestador y regulador), que llevaron a la injerencia casi obligada en toda actividad.

En la década de los noventa, las nuevas pretensiones sociales, y sobre todo de un buen servicio, revelaron una inocultable necesidad de mejorar los niveles de vida existentes y ello forzó primero paulatinamente y luego más aceleradamente a que la función estatal comenzara a reformular sus funciones y ponerlas acorde a lo que se pregonaba en ese entonces, principalmente en pos de la mejora de los servicios. Ello concluyó en nuestro país, en la reforma instaurada por la ley 23.696 de Reforma del Estado.

A través del proceso privatizador, que fuera iniciado con la sanción de la ley 23.696, el estado prestador fue dejado de lado mediante la transferencia de las actividades de prestación de los servicios públicos a los particulares, obedeciendo a la necesidad de un profundo cambio, ante la crisis de la mayoría de los sectores, cuya gestión estaba en sus manos (*no comentaré –en esta instancia- sobre las causas internas de cada prestataria estatal que llevaron a los servicios a una crisis terminal, porque es adentrarse demasiado en política, pero el hecho es que la prestación en ese entonces era muy deficitaria en todo sentido*).

Esto produjo un profundo cambio en la estructura y la función que el Estado venía desarrollando hasta ese momento. **Del Estado Prestador, debió estructurarse el rol de Estado Controlante y Regulador, sin dejar de lado su responsabilidad en el aseguramiento a la sociedad de la correcta prestación de estos servicios, que cubren necesidades esenciales.**

Por ello, una de las características principales de este cambio consistió en la sectorización y especialización de las funciones inherentes al Estado, la que asumió la forma de “Entes Reguladores de Servicios Públicos”.

Esta sectorización imprime su sello sobre la naturaleza jurídica de estos entes y por consiguiente, sobre su actividad consistente en el debido control de la prestación del servicio público específico a su cargo. **Es decir, el control encomendado a estas nuevas agencias reposaba entre otras cuestiones en la experiencia, especialización e independencia de**

sus miembros, lo que fuera uno de los objetivos principales al momento de su creación, ya que ello aseguraría un debido control.

Como su nombre lo indica, regulan la actividad y el control de las empresas concesionarias o licenciatarias privadas, velando por la adecuada protección de los intereses de los usuarios, teniendo entre sus principales objetivos genéricos o comunes a todos ellos, los de favorecer la competencia en el sector; proteger los derechos de los usuarios o consumidores; asegurar el acceso no discriminatorio a los servicios; expandir la cantidad de sujetos con acceso a los mismos; alentar la inversión en la industria para asegurar el suministro en el largo plazo; beneficiar la eficiencia de las empresas prestadoras; asegurar tarifas no discriminatorias, justas y razonables e incentivar el uso racional de los servicios^{iv}.

Pero también desempeña el papel de regulador y de órgano consultivo o de asesoramiento necesario para quien deba formular las políticas del sector, provenientes estas del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo o ambos en conjunto; es decir que cualquier decisión susceptible de identificar valores para transformarlos en normas jurídicas, sin la labor de asesoramiento fundado de un ente en cuyo sector pueda tener consecuencias aquella decisión, constituiría un virtual salto al vacío con riesgo tanto para la continuidad del modelo de gestión como para los intereses involucrados en él.

Asimismo, las tareas realizadas por los organismos de regulación -básicamente- se encierran en tres categorías. La primera es la de regular; la misma está referida al dictado de normas sujetas a la ley, ya sea en sus aspectos generales como en los procedimientos y autorizaciones. La segunda tarea es la de fiscalizar, porque controla la prestación del servicio para que el mismo se adecue al presupuesto establecido en la ley y su reglamentaciones. Y por último es juez administrativo, en tanto que resuelve conflictos entre sujetos de la industria, llegando a aplicar sanciones por incumplimientos al marco regulatorio en vigor.

La condición jurídica de estos entes es la propia de las entidades autárquicas, esto es; poseen descentralización jurídica del Estado, perteneciendo a su organización administrativa, pese a su personalidad diferenciada. Sus principales características están dadas por: a) perseguir fines estatales, b) poseer recursos asignados o un patrimonio de afectación para poder cumplir con las finalidades asignadas, c) se les aplican los mecanismos de control estatuidos por el Sector Público, y d) existe la posibilidad de interponer el recurso de alzada frente a las decisiones de los órganos superiores de los entes reguladores. Todos los entes se hallan sometidos al Poder Ejecutivo, ya que actúan bajo el marco de la organización administrativa pública, como ya se señaló anteriormente.

Esta condición de Entidad Autárquica, viene de los llamados “Establecimientos Públicos Franceses”, creados como modo de descentralizar las actividades del Estado. En particular, la prestación de los servicios públicos, los que a merced de su importancia en la organización administrativa adquirieron rango constitucional. En consecuencia los franceses tomaron la posibilidad de generar en la administración (nacional o local) un ámbito de descentralización sin basamento territorial y con atribución de personalidad jurídica al que llamamos “Autárquico” (del griego “autarkeia”, es decir capacidad para bastarse a sí mismo^v), con el objeto de diferenciarlo de los entes autónomos, a los que se le reconoce un grado más perfecto de autogobierno que incluye darse sus propias normas.

En cuanto a lo que a competencias se refiere, podemos decir que estos entes no poseen competencia para actuar fuera del marco de especialización que las normas le reconocen. Esta regla se denomina especialidad de la competencia y constituye el límite jurídico más importante en cuanto a sobreactuación de los entes y órganos administrativos; siendo inválido todo acto o norma emitido por el ente que rompa esta regla. El fallo de la Corte Suprema en la causa “Ángel Estrada”, pone límites a la competencia del ente regulador en el ejercicio de la función jurisdiccional, dejando sentado que los organismos de control no son competentes para dirimir controversias en las que se reclaman reparaciones de daños y perjuicios, cuestión, que según dicho pronunciamiento, se encuentra reservada con exclusividad al Poder Judicial^{vi}.

Por ello, de las figuras jurídicas creadas con el proceso de Reforma del Estado, los Entes Reguladores han sido una de las figuras que más han despertado interés para su estudio. En efecto, los Servicios Públicos nacionales más importantes (electricidad, gas, agua, transporte, comunicaciones), han sido privatizados, y como consecuencia cada uno de ellos se encuentra controlado y regulado por un ente específico. Se puede decir con esto que nació una rama del derecho administrativo, que podríamos llamar “Derecho de la Regulación”.

Como comentara, la esencia misma del Servicio Público, y las características de monopolio natural en particular del caso bajo estudio de la energía eléctrica, hace extremadamente necesario que el Estado dicte y determine los marcos regulatorios que garanticen el mantenimiento de las prestaciones y promuevan la expansión del servicio. No sólo ello es necesario, sino que lo principal es que se ejerza un debido control, y que se vele por el cumplimiento de las obligaciones a cargo del prestador.

Estos marcos regulatorios deben asegurar y resguardar la calidad, eficiencia, continuidad y obligatoriedad de la prestación del servicio, ya que la regulación de estos servicios públicos conlleva una alta trascendencia económica y un incuantificable impacto social. Por ende, deben proteger principalmente los derechos y especialmente el de los usuarios, y regular las

acciones, obligaciones y atribuciones de dichos usuarios, del Estado, del prestador del servicio y del Ente Regulador. También, deben proteger la seguridad pública y el medio ambiente.

De tanta trascendencia resulta ello, que a partir del avenimiento con rango constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios instaurados en el artículo 42 de la CN, se determinó que los marcos regulatorios que rigen las funciones de control y regulación que le corresponden al Estado deben ser establecidos por legislación emanada del Congreso de la Nación^{vii}.

En efecto, del texto constitucional se desprende que el control comprende el de los monopolios naturales y legales (art. 42, CN). Es decir, no sólo abarca actividades como las enunciadas, sino cualquiera que pueda tener trascendencia social. Ello por cuanto la ausencia de competencia generada por la privatización de servicios prestados monopólicamente por el Estado debe ser reemplazada por el poder de regulación y fiscalización.

Entonces, esta fiscalización sobre la gestión del servicio público prestado a través de terceros, debe ser realizada mediante los diferentes órganos del Estado, los *Entes Reguladores*, creados para cada uno de los servicios (Ello sin omitir el control supletorio de la Auditoría General de la Nación, y concurrente de las entidades de Defensa al Consumidor y el que pueden efectuar los propios usuarios).

Sumado a eso, teniendo en mira las características de cada servicio en particular, dichos Organismos fueron creados con funciones específicas a tal fin. Ello en el entendimiento que su conocimiento específico del servicio particular a su cargo, ayudaría a llevar a cabo una mejor tarea de control y fiscalización de las empresas privatizadas, como así también un mayor aporte y colaboración para un óptimo desarrollo y expansión del servicio bajo su tutela.

En efecto, la finalidad del control a realizar sobre estas actividades, no se proyectó solamente para verificar el cumplimiento por parte del concesionario, sino que además la finalidad es que tengan la capacidad para determinar si lo puede hacer mejor, y hasta dónde consigue mejorar el servicio que presta, en cantidad, calidad y precio.

Al respecto, se destaca que la jurisprudencia, en oportunidad de pronunciarse respecto de las funciones que les cabe a estos entes de regulación, ha dicho: “*que la finalidad de la creación de dicho ente regulador obedecería al ejercicio de poderes de policía y de regulación y control en materia de prestación del servicio público objeto de la Concesión*”^{viii} (el resaltado me pertenece).

Es decir un Ente Regulador es todo ente creado por ley o decreto, bajo alguna forma descentralizada (autárquica o no), que regule una actividad determinada que haya sido declarada o no como servicio público. Es decir que ejerza funciones de contralor, las que se traducen en actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, es decir, actos similares a los del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

En efecto, y como expuse hasta aquí, puedo decir que los entes reúnen las tres funciones básicas de un Estado. Así dentro del ámbito de la actividad o servicio regulado, ejercen la función administrativa, la legislativa y la jurisdiccional.

Además, lo hacen dentro de un ámbito físico, sumamente extendido que, en algunos casos, abarca todo el territorio nacional (por ejemplo el ENARGAS). Por eso, se puede afirmar que los entes son pequeños estados dentro del Estado como sostuvo oportunamente Alberto Bianchi, quien en un estudio sobre los entes del año 2003, nos señala que los entes pueden ser considerados como *“un Estado dentro del Estado. Esta característica se hace presente cuando consideramos que aquellos reúnen las tres competencias básicas de todo Estado: legislar, administrar y emitir pronunciamientos de carácter jurisdiccional”*^{ix}

Coincidentemente, Alejandro Uslenghi, manifiesta que los entes ejercen funciones de control o administrativas, reglamentarias -o legislativas- y jurisdiccionales.

Asimismo, Héctor Pozo Gowland ha sostenido que los entes ejercen funciones de control y sancionatorias, *“previniendo, según los casos, conductas monopólicas, anticompetitivas o discriminatorias, verificando la aplicación de las tarifas y el nivel de calidad del servicio, lo cual da lugar a la aplicación de premios y sanciones”*; ejercen funciones reglamentarias, ya que *“dictan reglamentos en cuestiones de seguridad, técnicas, mediciones de servicios, tarifarias, etc.”*. Y ejercen, también, nos dice este autor, funciones jurisdiccionales, como en los casos del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y el Ente Nacional Regulador de Gas (ENARGAS), por controversias que se susciten en los respectivos sectores.

Ahora bien, con relación a los caracteres que presenta un Ente Regulador, la doctrina define como “caracteres naturales” a: 1) Creación por ley; 2) Autarquía; 3) Plenitud de funciones, esto es administrativas, reglamentarias y jurisdiccionales; 4) Idoneidad técnica.

En este sentido, y para cumplir con los mismos, la ley ha determinado diversos procedimientos a tales efectos, con los que se debe cumplir acabadamente.

La realidad, y los estudios realizados, nos demuestran que de no cumplirse con algunos de los procedimientos previstos, se quiebra directamente la armonización de estos caracteres, perdiendo principalmente una de las razones que motivó su creación.

Si se analizan los postulados de su régimen jurídico, generalmente se compara a los Entes Reguladores como si se tratara de una categoría única dotada de reglas jurídicas uniformes. Es un hecho evidente que en nuestro país, en el orden federal, la creación de los Entes Reguladores no ha respondido a una metodología planificada ni a un modelo específico^x.

La doctrina nacional está de acuerdo que hemos seguido el modelo de las comisiones independientes propias del sistema norteamericano.

Estos entes también fueron apareciendo como consecuencia de la necesidad de reglar las actividades que se dieron a concesión o licencia, lo que permite conformar un mapa bastante heterogéneo que responde a diferentes conformaciones.

Por ello, según algunos autores resulta difícil decir cual de los dos sistemas (multiplicidad de entes o ente único) es mejor, puesto que cada sistema tiene sus ventajas y desventajas. Mi teoría, es que se debe respetar la idoneidad y conocimiento, lo que tiene estrecha vinculación con la ligazón de cada Organismo respecto al servicio bajo su custodia.

La reforma introducida a la Ley de Defensa del Consumidor (24.240), por la Ley N° 26.361 publicada en el Boletín Oficial el 7/4/2008, tuvo como puntos más relevantes y en impacto directo con estos marcos específicos, la eliminación del principio de supletoriedad ^{xi}, por el de integración normativa de ésta con las legislaciones específicas, y en consecuencia la extensión de sus alcances a las empresas de servicios públicos^{xii} (hasta ese entonces tenía aplicación supletoria en aquellos servicios con marco regulatorio propio).

Asimismo, por imperio de dicha ley, se generó una doble competencia (Organismo Regulador Específico –en nuestro caso ENRE- por un lado y Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción por el otro). Esta última podrá también actuar a través de las autoridades locales en el ámbito la Ciudad Autónoma de Bs. As. y los Municipios de la Provincia de Bs.As. Es decir, se dispuso que sea a criterio del usuario la vía administrativa por la que tramitará su reclamo.

Esto abrió un nuevo juego, que a mi entender entorpece el espíritu que fue tenido en miras al momento de crear estos entes específicos bajo los cuales se puso bajo su observancia la prestación de determinados servicios. Esta dualidad, a mi juicio torna poco eficiente la

tramitación de los reclamos y se desaprovecha el “expertise” con que cuentan los entes específicos para resolver los planteos sobre el servicio bajo su control.

Las hondas diferencias y especialidad entre los distintos servicios públicos sujetos a regulación, y las especiales características del eléctrico, impiden una generalización de su trato con otros servicios coexistentes, y consecuentemente que cualquier entidad administrativa pueda resolver al respecto.

Pretender realizar un control y/o regulación de manera global a través de esta dualidad, sin selectividad y especialización, guiándose por necesidades prácticas y/o cubrir intereses del momento, antes que por las específicas del sector, termina desatendiendo criterios de racionalidad y funcionalidad, perjudicando en definitiva el interés que se intenta proteger, favoreciendo intereses ajenos a aquellos propios del sector que da sentido a su existencia.

Estoy convencida, y la experiencia así lo demuestra, que cualquier entidad administrativa no esta capacitada para atender y resolver debidamente todo tipo de reclamo que se le pueda presentar, si no es resorte de su materia y conocimiento específico. En efecto, hasta el más experimentado juez necesita recurrir a las consultas con especialistas “peritos”, para tratar cuestiones que le exceden, sin perder de vista que el juez actúa dentro de un ámbito delimitado de acuerdo a su materia.

En efecto, la especialidad y el tecnicismo de los entes reguladores^{xiii}, permite establecer una similitud de parte de la actividad reguladora como actividad pericial. Se puede afirmar que, la actividad técnica del ente, sería análoga a la de un dictamen pericial técnico dentro de un proceso judicial. Ello sin perjuicio que el ente además de esa actividad, aplica una determinada política regulatoria en el sector de servicios de que se trate, lo cual supone que su actividad no es neutra, como la de los peritos judiciales; y además la actividad de los entes no sólo es técnica sino que también abarca otro tipo de actividades, como por ejemplo jurídica, reglamentaria, etc. No obstante, no puede discutirse la especialidad que tiene respecto a la materia a su cargo, y que es el más idóneo al respecto, ello sin lugar a dudas de respetarse los procedimientos previstos para la elección de sus miembros.

Para que fuera efectiva esta dualidad, se le debería dar obligatoriamente participación a los Entes Reguladores específicos y con conocimiento en la materia a tratar, pero eso sin dudas demorará aún más la tramitación de los pedidos de intervención de los usuarios que se intenta proteger. De otra manera, los actos que pudieran emanar de estos entes, quienes no están en condiciones de realizar el análisis técnico regulatorio que se requiere, podría dejar en un grado de indefensión especialmente a los usuarios, quienes en su gran mayoría no están en condiciones de advertir, si su pretensión ha sido debidamente canalizada, ya que no tienen los

conocimientos suficientes para hacerlo. Debemos recordar el informalismo que impera, y que el usuario no requiere de representación para dar inicio a sus reclamaciones. Esta situación sin dudas podría acarrear la pérdida o frustración de los intereses de los usuarios.

Si bien corresponde armonizar los marcos regulatorios vigentes, con la nueva legislación sobre defensa del consumidor, consecuencia directa de la mayor protección que debe tener el mismo, dicha armonización no debe transformarse en una herramienta estéril e inconducente. Principalmente, lo que debe resguardarse es que, quien emita o deba emitir señales tenga la capacidad e idoneidad para brindarlas en forma clara y precisa, y que las mismas sean constructivas y superadoras. No deberían ser mal utilizadas y permeables a la coyuntura política, porque ello también daña la prestación en sí, ya que los administrados pueden ver difuso el objetivo que se les plantea al no observar un integrado estudio de compatibilidades al momento de dictar y aprobar ciertas reglamentaciones que los regulan.

Asimismo, no puede decirse que la categoría de Ente Regulador, sea propia o exclusiva de aquellos que regulan la prestación de un servicio público. Por eso resulta muy difícil sostener que existe un régimen jurídico unificado de todos los entes reguladores en actividad. Cada ente posee su propio sistema, lo que conduce a la existencia de diversos regímenes jurídicos separados y diferenciados, que en todo caso comparten características comunes.

Por consiguiente, opino en concordancia con varios autores que el desafío del derecho administrativo no sería lograr una uniformidad, creando una categoría general de entes reguladores, ni abrir el juego a la intervención de cualquier autoridad administrativa por la aplicación de marcos integrados, sino asegurar condiciones mínimas para que operen en forma individual en un marco de coherencia jurídica interna, que se respete la especialidad, y por sobre todas las cosas que se vele porque esto se cumpla.

La Responsabilidad del Estado respecto de los servicios públicos, reviste una gran importancia para la sociedad. Ello con mayor énfasis cuando estamos en presencia de servicios públicos esenciales, como ser el caso que nos ocupa de abastecimiento de energía eléctrica a la población.

Tal como sostiene el Dr. Mario de Casas, el acceso a estos servicios, está directamente asociado a derechos de suma importancia para la supervivencia de la especie y del planeta en su conjunto; y que, en consecuencia, requieren de ciertas intervenciones del Estado –**distintas a las que rigen para otros bienes**- como garante del interés social: aún cuando el prestatario sea una empresa privada, **no se trata simplemente de una actividad privada regulada por el Estado.**^{xiv}

La noción de servicio público debe asociarse con la obligación de satisfacción regular y continua de necesidades de interés general, **mediante un régimen jurídico especial**.

En todas las definiciones de servicio público realizadas por la doctrina, veremos existe un denominador común de prestación técnica para satisfacción de una necesidad pública, a cargo de un ente público o privado, con una organización regulada por la autoridad pública.

Por ello es importante destacar tres aspectos necesariamente vinculados al compromiso Estatal respecto de los servicios públicos: los principios de igualdad, continuidad y regularidad. Estos principios, y también en forma coincidente con lo sostenido por el Dr. De Casas en la obra citada, son puestos en jaque cuando prevalecen otros intereses que olvidan que los mismos resultan indispensables para un desarrollo social integral.

La concepción del servicio público como instrumento idóneo para garantizar ciertas exigencias sociales apunta a la necesidad actual de propugnar, y así lo han entendido los constituyentes, un retorno del Estado hacia el individuo, hacia la protección de sus derechos civiles, o como expresa Comadira^{xv} la necesidad de propender a una *"revalorización de la eficacia como dato legitimador del ejercicio del poder"*.

En ese sentido, la búsqueda de la eficacia ha sido causa eficiente de las privatizaciones a nivel mundial.

5. Órgano Competente para crear los Entes Reguladores

Bielsa^{xvi} sostenía que los entes autárquicos debían ser creados por ley, otros, como Villegas Basabilvaso creía que atribuirle al Congreso esta facultad implicaba restarle facultades jurisdiccionales al Presidente, lo que tornaba de inconstitucional las leyes creadoras de los entes autárquicos.

Con la reforma constitucional de 1994, se dispuso en el último párrafo del artículo 42 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"*.

En consecuencia, queda claro que es el Congreso de la Nación, a través de sus legisladores, el órgano constitucionalmente competente para crear estos entes reguladores de servicios públicos.

Sobre este aspecto, la discusión se planteó con la creación del ORSNA (privatización de aeropuertos). Esta y la de Aerolíneas Argentinas se puso en marcha por dos decretos del Poder Ejecutivo, que fueron suspendidos en sede judicial mediante el dictado de medidas cautelares. No obstante ello, el presidente de ese entonces, decidió seguir adelante con la privatización, y acudiendo a los decretos de necesidad y urgencia (DNU) que posee bajo imperio del artículo 99, inc. 3 de la Constitución Nacional^{xvii}, dictó un nuevo decreto que ratificó los anteriores y permitió la continuación del proceso privatizador.

Este último también fue impugnado judicialmente y suspendió sus efectos por una medida cautelar. En esta última resolución la jueza hizo hincapié en la inconstitucionalidad de los decretos de privatización, ya que los marcos regulatorios y por ende la creación de los mismos debía hacerse por ley.

5.1. “El que concede no debe controlar”

Así como el sistema previo a la constitución de 1994 era: *el que legisla no ejecuta ni juzga la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que juzga no la dicta ni ejecuta*; ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que ***el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que controle***. Es pues el mismo principio, actualizado, de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona.

Las normas sobre la privatización preceden al efectivo traspaso y constituyen por ende el marco de ella, en tutela del interés público y de los usuarios.

Sentado ello, pasaremos a describir brevemente los antecedentes que motivaron la creación de estas agencias reguladoras.

6. Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE).

En el escenario privatizador (descrito en el punto 2 de este trabajo), y con el fin de resguardar la prestación de las actividades a su cargo, la ley 24.065 creó, en el ámbito de la SECRETARIA

DE ENERGIA del entonces MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD (ENRE)^{xviii}.

Como el propio ente lo define en su sitio web, el ENRE es un organismo autárquico encargado de regular la actividad eléctrica y de controlar que las empresas del sector (generadoras, transportistas y distribuidoras –actualmente Edenor y Edesur-) cumplan con las obligaciones establecidas en el Marco Regulatorio y en los respectivos Contratos de Concesión.

El ENRE originariamente tenía también a su cargo la custodia de la actividad de distribución de energía eléctrica prestada por la empresa EDELAP, quien brinda el servicio de distribución de energía eléctrica en el ámbito del partido de La Plata y alrededores. A través del decreto N° 1853/2011, del 16 de noviembre de 2011, el control de EDELAP fue transferido a la órbita de la Provincia de Buenos Aires. Desde entonces el Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA) tiene a su cargo las funciones de regulación y control de EDELAP.

Continuando con el ENRE, éste debe llevar a cabo las medidas necesarias para cumplir los objetivos de la política nacional respecto del abastecimiento, transporte y distribución de la electricidad.

Vale en esta instancia recordar cuales son los objetivos fijados por la ley 24.065 para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de la electricidad. Esto surge del artículo segundo de la ley:

- ✓ Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios.
- ✓ Promover la competitividad en la producción y alentar inversiones que garanticen el suministro a largo plazo.
- ✓ Promover el libre acceso, la no discriminación y el uso generalizado de los servicios de transporte y distribución.
- ✓ Regular las actividades del transporte y distribución asegurando tarifas justas y razonables.
- ✓ Incentivar y asegurar la eficiencia de la oferta y la demanda por medio de tarifas apropiadas.
- ✓ Alentar la realización de inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible.

La ley establece que el ENRE, como mencioné creado en el artículo 54 de la misma, sujetará su accionar a los principios y disposiciones de la mencionada norma y deberá controlar que la actividad del sector eléctrico se ajuste a los mismos.

En el artículo 56 de la ley 24. 065 se definen las funciones y facultades del ENRE y las enuncia de esta manera:

- a) Hacer cumplir la presente ley, su reglamentación y disposiciones complementarias, 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;
- 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;
- 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 condiciones 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;
- g) Llamará a participar en procedimientos de selección y efectuará las adjudicaciones correspondientes, firmando el contrato de concesión ad referendum del Poder Ejecutivo el que podrá delegar tal función en el órgano o funcionario que considere conveniente;
- h) Propiciar ante el Poder Ejecutivo, cuando corresponda, la cesión, prórroga, caducidad o reemplazo de concesiones;
- i) Autorizar las servidumbres de electroducto mediante los procedimientos aplicables de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 18 de esta ley, y otorgar toda otra autorización prevista en la presente;
- j) Organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas previsto en esta ley;
- k) 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 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;

- l) 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 contratos de concesión;
- 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;
- 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;
- ñ) Publicar la información y dar el asesoramiento que sea de utilidad para generadores, transportistas y usuarios, siempre que ello no perjudique injustificadamente derechos de terceros;
- o) Aplicar las sanciones previstas en la presente ley, en sus reglamentaciones y en los contratos de concesión, respetando en todos los casos los principios del debido proceso;
- p) Asegurar la publicidad de las decisiones, que adopte, incluyendo los antecedentes en base a los cuales fueron adoptadas las mismas;
- q) Someter anualmente al Poder Ejecutivo y al Congreso de la Nación un informe sobre las actividades del año y sugerencias sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público, incluyendo la protección de los usuarios y el desarrollo de la industria eléctrica;
- r) Delegar en sus funcionarios las atribuciones que considere adecuadas para una eficiente y económica aplicación de la presente ley;
- s) En general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación.

Para ello, y como es eje del presente, veremos quienes son los encargados físicos de velar por el debido cumplimiento de lo enunciado precedentemente.

7. Procedimiento de selección de los miembros del ENRE.-

Similitud al ENARGAS.-

Como se vio, el ENRE según la ley 24.065 ^{xix} reglamentada por el decreto PEN 1398/92, es una entidad autárquica con plena capacidad jurídica para actuar en el derecho público y privado en particular para los aspectos presupuestarios y administrativos, tipicidad similar a la del ENARGAS, creado por la ley 24.076, decreto 1738/92^{xx}.

Por ello, y al solo efecto de establecer una comparación con el otro marco regulatorio creado por ley, en materia gasífera se puede decir que en igual sentido, la ley 24.076 mediante su artículo 50, establece la creación, en el ámbito del entonces MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS (ENARGAS) que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2° de esa ley. A los efectos de una adecuada descentralización del mismo, en cada área de distribución deberá preverse una estructura mínima pero suficiente para tratar la relación entre las empresas distribuidoras y los usuarios de dicha área. Dicha delegación del ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS se constituirá con la participación de representantes de las provincias que correspondan al área en cuestión.

Asimismo, y en forma concordante con la regulación de la actividad eléctrica, el artículo 51, dispone que el ENARGAS gozará de autarquía y poseerá plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado y su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran y los que adquiriera en el futuro por cualquier título.

De la lectura de los nombrados marcos regulatorios, se observa que ambos prevén como órgano directivo un directorio colegiado. Sus miembros son designados previamente a partir de un procedimiento conducido por la Secretaría de Energía de la Nación, quien debe garantizar que la elección final se realice entre profesionales con conocimientos y antecedentes técnicos especializados. También se determina que sean removidos por el Poder Ejecutivo Nacional^{xxi} lo que le confiere a éste una gran discrecionalidad en el manejo de los entes, sólo morigerado por algunos recaudos de idoneidad bastante generales.

La doctrina, en su estudio del marco normativo, enfatizó dos exigencias a satisfacer a la hora de integrar los órganos directivos de los entes reguladores, ellos son la especialización técnica exigida y la independencia funcional^{xxii}.

Por su parte, el artículo 57 y siguientes de la ley 24.065^{xxiii}, establece la forma de integración del Directorio del ENRE, disponiendo que estará integrado por CINCO (5) miembros, debiendo contar a efectos de formar quórum para la toma de decisiones con la presencia de por lo menos TRES (3) de ellos, UNO (1) de los cuales deberá ser necesariamente su Presidente o quien lo reemplace^{xxiv}.

Asimismo, el artículo 58 establece que los miembros del directorio serán seleccionados entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia y designados por el Poder Ejecutivo, dos (2) de ellos a propuesta del Consejo Federal de la Energía Eléctrica. Su mandato durará cinco (5) años y podrá ser renovado en forma indefinida. Cesarán en sus mandatos en forma escalonada cada año. Al designar el primer directorio, el Poder Ejecutivo,

establecerá la fecha de finalización del mandato del presidente, vicepresidente y de cada vocal para permitir tal escalonamiento.

Es decir, respecto a los recaudos de idoneidad se requiere “*contar con antecedentes técnicos y profesionales en la materia*”^{xxv}. Como puede apreciarse en el caso del ENRE, la propuesta del nombramiento es efectuada por el Consejo Federal de Energía Eléctrica. Además se especifica que el procedimiento de selección debe incluir una convocatoria abierta a los eventuales interesados en ocupar los cargos.

A modo comparativo se observa que la duración del mandato por lo general es de 5 años, en el ENARGAS y en el ENRE la renovación es indefinida^{xxvi}, en algunos casos se requiere de un acto fundado del Poder Ejecutivo para su remoción. En el caso del ENARGAS y del ENRE, tanto el acto de nombramiento como de remoción deben ser comunicados previamente a una Comisión del Congreso la cual tiene treinta días para expedirse sobre el punto, pero su dictamen no tiene efectos vinculantes.^{xxvii}

En general se exige dedicación exclusiva, así está establecido por ejemplo en el artículo 55 de la ley 24.076 ^{xxviii}del ENARGAS y en el artículo 59^{xxix} de la Ley 24.065 del ENRE, estableciéndose algunas incompatibilidades propias de la función.

Por último y culminando con este punteo comparativo entre los marcos regulatorios de la electricidad y el gas, el Artículo 56 de la 24076 al igual que el Artículo 60 de la 24065 establece que los miembros del directorio no podrán ser propietarios ni tener interés alguno, directo o indirecto, en empresas de consumidores que contraten directamente con el productor, de productores, de acondicionamiento, de transporte, de comercialización, de distribución de gas y de almacenamiento.

Como se puede apreciar de la normativa transcrita, y tal como afirma el prestigioso Agustín Gordillo, el procedimiento instaurado para el nombramiento del órgano superior del organismo, es la clave de la independencia que el legislador ha querido garantizar. Al fijar las condiciones establecidas, reside en la seguridad que los funcionarios encargados conservarán sus empleos y no solamente por la voluntad del ejecutivo de turno^{xxx}, ya que siempre y cuando cumplan con las instrucciones generales relativas a la política de la administración y observen la ley que están encargados de aplicar, sólo podrán ser removidos antes del vencimiento de su mandato por acto fundado. Esta independencia forma parte de la garantía del debido proceso.

8. Fallos relacionados a la designación de los miembros del Directorio del ENRE y del ENARGAS.

Como se verá seguidamente, oportunamente la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal dictó dos fallos a través de los cuales se hizo lugar a reclamos de organizaciones no gubernamentales, exigiendo al Poder Ejecutivo Nacional realizar la convocatoria pública prevista en la legislación aplicable, y dar cumplimiento de esta forma, con las normas que fijan el procedimiento para nombrar los integrantes del Directorio del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS).

Así lo resolvió la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo, con relación a la regularización del órgano de conducción del ENRE, y del Juzgado N° 8 del mismo fuero, con respecto a la del ENARGAS.

En definitiva, dichas sentencias ordenaron al Poder Ejecutivo Nacional cumplir con los procedimientos previstos para la designación de los Directorios del ENARGAS y ENRE.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha rechazado el recurso presentado por el Poder Ejecutivo en el caso de la sentencia que ordenaba al ENRE a regularizar la situación de selección de los miembros de su Directorio, de esta forma se confirmó la sentencia de la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por lo cual **la Secretaría de Energía de la Nación, deberá definitivamente poner el marcha el proceso para normalizar el Ente Nacional Regulador de la Electricidad**, y espero que así sea cumplido. Lamentablemente, no sucedió lo mismo en cuanto a la situación del ENARGAS.

8.1 Breve descripción de los fallos

a) El caso del ENRE

La Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal ordenó a la Secretaría de Energía de la Nación arbitrar los medios necesarios para realizar la convocatoria pública y dar cumplimiento con las normas que fijan el procedimiento para nombrar los integrantes del Directorio del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE).

La medida recayó en una causa iniciada por cuatro Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), donde cuestionaron las designaciones del presidente, vicepresidente y vocal primero del Directorio del ENRE, *“por haber sido realizadas al margen de los procedimientos preestablecidos en los preceptos legales y reglamentarios indicados, y porque los reiterados*

llamados a convocatoria para cubrir esos cargos... nunca llegaron a ser completados y fueron dejados sin efecto; de manera tal que el Poder Ejecutivo Nacional persistió en la designación de autoridades provisorias”.

En primera instancia, la Justicia señaló que las asociaciones demandantes (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia –ACIJ-, Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios, Centro de Educación del Consumidor y Asociación de Defensa de los Derechos de Usuarios y Consumidores) carecían de legitimación suficiente para reclamar la regularización del órgano de conducción del ENRE.

Además, aseguró que no habían acreditado de qué modo la designación provisoria de los directores significaba una afectación del derecho de los consumidores o usuarios. En consecuencia, desestimó el planteo.

Las entidades apelaron ese pronunciamiento. En su recurso, señalaron que la sentencia desconoce que la debida integración del órgano superior de los entes **reguladores tiene estricta relación con la posibilidad de que cumplan sus funciones con la necesaria independencia y en mi opinión idoneidad suficiente**. El resaltado me pertenece.

Destacaron que la demanda no se funda en el interés general de que las leyes se cumplan, “sino que se dirige a cuestionar una práctica concreta seguida por el Poder Ejecutivo nacional que afecta directamente los derechos de los usuarios, considerados de manera colectiva, pues los priva de que el órgano encargado de velar por sus intereses, de dictar las resoluciones necesarias para el funcionamiento del servicio de electricidad, y de dirimir las controversias que se susciten entre las empresas prestadoras y los usuarios, tenga las cualidades de independencia funcional que se procura garantizar en los artículos 58 y 59 de la ley 24.065, reglamentados en los artículos 58 y 59 del decreto 1398 de 1992”.

Como se describió en los capítulos anteriores del presente trabajo, estas normas establecen que el Directorio estará integrado por funcionarios con antecedentes técnicos y profesionales en la materia, elegidos mediante la previa convocatoria pública establecida en ese decreto, y con la intervención de la comisión bicameral a la que se refiere el artículo 59 de esa ley. Es claro, que ello es a los fines de la independencia que la ley ha querido adjudicar a los mismos.

La cámara, con los votos de los jueces Jorge Federico Alemany y Pablo Gallegos Fedriani, indicó que la clave de la independencia que el Congreso ha querido garantizar al fijar tales condiciones *“reside en la seguridad de que los funcionarios encargados de los entes o agencias reguladoras conservarán sus empleos y no solamente por la voluntad del Presidente... Esa independencia forma parte de la garantía del debido proceso y, por tal razón,*

los particulares y las asociaciones conformadas por ellos... están legitimados para cuestionar el medio y las condiciones de designación de los funcionarios”

b) El caso del ENARGAS

La jueza Clara María Do Pico, titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, ordenó que el Poder Ejecutivo nacional, una vez finalizada la intervención instrumentada por decretos 571/07, 1646/07, 80/07, 953/08, 2138/08 y 616/09, cumpla con el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico vigente para la designación de los cinco miembros del Directorio del ENARGAS. A efectos de la resolución, la magistrada tuvo en cuenta que por lo menos desde el 31 de marzo del 2000 ningún miembro del Directorio del ENARGAS había sido designado de conformidad con los procedimientos exigidos legalmente.

La medida fue en el marco de la acción iniciada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y por Consumidores Libres Cooperativa Limitada, por la que solicitó se ordene al Ejecutivo a integrar el Directorio del ENARGAS a través de un proceso de convocatoria y selección abierta, entre profesionales que reúnan los requisitos de experiencia e idoneidad técnica.

Dicho fallo fue recurrido y lamentablemente, la Cámara no opinó igual que la jueza de primera instancia, ello –a mi humilde entender-en directo desmedro de la independencia e imparcialidad que debe primar en la designación de los miembros de estas entidades reguladoras, para de esta forma poder desarrollar un correcto –y legítimo- ejercicio de sus funciones y facultades. Este concepto ya ha sido recogido –y sostenido- por nuestra jurisprudencia. Ello fue ratificado, al ser denegado el Recurso de Queja interpuesto por la actora ante la Corte por entenderlo carente de fundamentación.

8.2 El caso “Ángel Estrada”

Seguidamente, enunciaremos la jurisprudencia dictada en la materia con anterioridad a los fallos enunciados. Allí podremos apreciar con extrema claridad, que se consagra como un criterio liminar, que es indispensable, la debida "independencia e imparcialidad" de los entes reguladores, para un correcto –y legítimo- ejercicio de sus funciones y facultades.

8.2.1 La sentencia de Cámara en el caso “Ángel Estrada”

La importancia de este fallo se advierte a poco que se constate que son varios los autores que refieren a este caso, toda vez que el pronunciamiento de la Corte Suprema en la causa “Ángel Estrada” se transformó sin dudas en un *leading case* tanto para los especialistas en temas

regulatorios como para los administrativistas en general. Ello tal como se desprende en las palabras de presentación del Número Especial del 31/08/2005, de Jurisprudencia Argentina, en el que una cantidad importante de autores, publicaron al respecto.

En ese orden, y en concordancia al tema en análisis, es preciso remitirse al artículo de doctrina de Mario Rejtman Farah, sobre el mencionado fallo.^{xxx}

En la causa "Ángel Estrada" la sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, de acuerdo con el voto de la mayoría y con la disidencia de uno de sus integrantes, había resuelto que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) tenía facultad no sólo para aplicar al prestatario del servicio público controlado las sanciones previstas en la ley 24.065 sino también para solucionar conflictos que se plantearan respecto de aquél, para lo cual tenía asignada por la ley competencia para resolver todo tipo de controversias vinculadas al derecho de algún usuario, incluyendo los reclamos de daños y perjuicios contra el prestador del servicio. En ese sentido, según el voto mayoritario, se reconoció también al ente regulador facultades para determinar la existencia, el grado y la magnitud de la responsabilidad de la prestataria derivada del eventual incumplimiento de sus obligaciones, como asimismo para fijar el quantum de aquélla.

En definitiva, la sentencia de la sala 1º de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, -conforme al voto de la mayoría- sostuvo la plena competencia del ente regulador para pronunciarse acerca de la procedencia y cuantía de los daños y perjuicios reclamados en la instancia administrativa. Y ello, con fundamento en la previsión contenida en el art. 72^{xxxii} ley 24.065.

Asimismo, cabe señalar que además de las dos principales cuestiones que fueron luego motivo de recurso extraordinario ante la Corte Suprema, conforme a los agravios expuestos en los respectivos recursos federales (la competencia del organismo de control para resolver, en sede administrativa, la procedencia del resarcimiento solicitado por la firma usuaria y los límites de la responsabilidad de la empresa distribuidora a fin de determinar si la aplicación de las multas previstas en la ley respectiva excluía la posibilidad de que el usuario reclamara adicionalmente los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de concesión por parte de la empresa distribuidora), el mencionado fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, había resuelto también -según el voto de la mayoría- que no obstante el ente regulador había intervenido en el caso en ejercicio de las denominadas "facultades jurisdiccionales" previstas en el artículo 72 de la ley 24065, tenía igualmente interés suficiente para ser tenido como parte en el pleito.

A más de cuatro décadas de emitido el fallo en la causa "Fernández Arias" la sentencia recaída en "Ángel Estrada" avanza significativamente con destacable precisión sobre la doctrina judicial sentada en aquella época, considerando en esta oportunidad las peculiares características institucionales impuestas a los entes reguladores de servicios públicos.

Frente a la nueva realidad que supone la existencia en el diseño organizacional de la Administración Pública de órganos de control de los servicios públicos y a las facultades que se le han conferido a algunos de ellos para intervenir en diversas controversias vinculadas al suministro del servicio, el máximo tribunal no se limitó a reiterar la clásica e indiscutida doctrina sentada en "Fernández Arias" respecto de los límites a las facultades de los tribunales administrativos, **sino que precisa el posible alcance de tales atribuciones y competencias haciendo expresa mención a una de las condiciones esenciales de existencia y funcionamiento de éstos: su independencia.**

El superior tribunal avanza así respecto de su firme y anterior doctrina con relación a las facultades o competencias que pudieran asignarse a órganos administrativos para resolver controversias.

El estándar establecido para determinar la constitucionalidad de las competencias para ejercer estas atribuciones por parte de los entes reguladores impone de modo expreso la verificación respecto de la vigencia efectiva de un requisito adicional: **la independencia de dichos entes.**

Tal como surge del considerando 12 del voto de la mayoría, el otorgamiento de facultades a los entes reguladores para dirimir controversias entre particulares debe armonizarse "con los principios y garantías constitucionales". Naturalmente que para ello el tribunal reitera la exigencia de que tales decisiones "estén sujetas a control judicial amplio y suficiente". **Pero para que sean constitucionalmente válidas, además de requerirse que tales organismos hayan "sido creados por ley", se exige que esté asegurada "su independencia e imparcialidad".** El voto de entonces ministro Belluscio reafirma tal fundamento al manifestar que "...la validez constitucional del ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos se halla condicionada a diversos recaudos, **entre ellos, la existencia de garantías formales de independencia y neutralidad**" (considerando 16), por lo que considera "...aplicables al ENRE las consideraciones vertidas respecto del Ente Nacional Regulador del Gas en el precedente de Fallos 321:776, en cuanto a que el régimen de la ley 24.065 conf. arts. 57, 58 y 59 de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores del ente- no alcanza para categorizarlo como tribunal administrativo...".

En la causa "Litoral Gas S.A." la Corte había mencionado la cuestión, casi de soslayo, al señalar que "...las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para su

actuación en la ley 24.076 -conforme artículos 53 , 54 y 55 de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores del ente- no alcanzan para categorizarlo como tribunal administrativo". Sin embargo, sólo se limitó a consignar tal aseveración, circunstancia que no fue utilizada, como sí lo es en este caso, como fundamento para resolver.

La Suprema Corte deja sentado en "Ángel Estrada" un criterio liminar en la materia: el otorgamiento de facultades a organismos administrativos para resolver este tipo de conflictos requiere, además de los requisitos y condiciones exigidos en "Fernández Arias" que esté asegurada la debida "independencia e imparcialidad" de tales órganos, las que -según se desprende del fallo- no les reconoce a los entes reguladores.

Es en "Ángel Estrada" donde la Corte establece lo que en "Fernández Arias" comenzó a esbozarse respecto de la admisión de "tribunales administrativos" y a precisarse el criterio general respecto de la necesidad allí identificada de atender a "la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo".

Para armonizar los principios constitucionales y que éstos queden a salvo, entre otras condiciones, es necesario, conforme lo afirma el voto de la mayoría, **que esté asegurada la "independencia e imparcialidad" de los entes reguladores.**

El fallo obra como un llamado de atención a quienes les compete establecer los mecanismos de integración y funcionamiento de los entes reguladores de modo de asegurar su efectiva independencia. No es suficiente con que existan previsiones que contemplen la posibilidad de que ejerzan atribuciones como tribunales administrativos, ni alcanza con que se prevean acciones judiciales contra sus decisiones a través de un control suficiente y adecuado por parte del Poder Judicial. Se requiere -como lo ha señalado calificada doctrina- reconocer "la naturaleza técnica independiente de sus funciones, independencia que debe serlo primero y principalmente del poder político", resistiendo "las oleadas reguladoras de los Ministerios y Secretarías". Independencia por un lado en la elección y remoción de sus miembros y también en la no sujeción a directivas de la Administración Central, con competencias decisorias exclusivas o excluyentes sin recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo.

Como lo señala la Corte en este fallo, sin duda ejemplar, **independencia, neutralidad e imparcialidad resultan garantías necesarias para el ejercicio de su actividad por parte de los entes reguladores, en las materias que les han sido legalmente conferidas.** Aquellas condiciones deben estar garantizadas para que tales atribuciones resulten constitucionalmente válidas.

8.2.3 Los Fallos en análisis

Lo decidido por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en los autos “ACIJ y otros c. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, plantea nuevamente una serie de reflexiones iniciales (seguramente no las únicas) respecto de la exigibilidad de un determinado actuar estatal.

El artículo 42 de la Constitución Nacional ya citado establece, en lo que nos ocupa, que respecto de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, *las autoridades proveerán a la protección de sus derechos*.

Resulta evidente que en la norma constitucional se ha fijado un claro deber de actuar en la materia, respecto de las autoridades públicas encargadas del tema.

Por su parte, el artículo 55 de la ley 24.240 expresa que las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios.

Dicha norma debe entenderse en el contexto del proceso extensivo que vive la legitimación procesal en nuestros días y respecto de nuestro derecho. Cuestión que si bien no podemos calificar de privativa del ordenamiento argentino, si se nos presenta con determinados rasgos particulares.

Tal particularidad se encuentra dada por la forma de incorporación de conceptos de otros sistemas jurídicos, que importan a más de una modificación procesal, un cambio cultural en nuestro modo de concebir y utilizar el proceso.

Repárese en que el rechazo de la legitimación por la primera instancia, que se encuadra dentro de los cánones más clásicos de cuando ha de entenderse que existe una situación judicial.

La Sala, en cambio, se enmarca dentro de las corrientes más actuales acerca de la materia, entendiendo que “... *el propósito del derecho administrativo es mantener a los poderes del gobierno dentro de sus límites legales y proteger a los individuos contra los abusos de tales poderes y , en virtud de ese principio, se ha sostenido que la exigencia de que existe un daño concreto y particularizado no es inherente ni propia del derecho publico, en la medida en que las autoridades tienen numerosos poderes y deberes cuyo ejercicio afecta al publico en*

general. Si la legitimación pudiera ser negada por la mera circunstancia de que el agravio ocasionado por la conducta estatal es de carácter generalizado, nadie estaría en condiciones de exigir que la ley fuera cumplida, aun cuando claramente el ejercicio efectivo de sus derechos individuales o colectivos dependiera de ello...”

Una función primordial del estado, que lo caracteriza y fundamenta, es la gestión en forma concreta, práctica, inmediata y permanente del bien común, la cual se ha dado en denominar “función administrativa”.

La administración es, frente a tal necesidad de gestión, el órgano especializado en la actuación de la función administrativa, encargado de llevar a cabo en el día a día, los actos necesarios para responder a los fines inmediatos de la actividad pública, pero que guardan consonancia con los deberes teleológicos que la manda constitucional impone a la organización del poder Estatal. Pudiéndose definirla como el fenómeno jurídico-organizativo tendiente a exteriorizar y llevar a la práctica el ejercicio de la finalidad estatal de proveer a las necesidades de orden común e inmediato de la población a su cargo

En un Estado republicano y democrático de derecho, es el pueblo el que se gobierna a si mismo. Ello implica, a nivel del principio de legalidad, una clara diferenciación respecto del estado absolutista, pues la norma legal no es ya la discrecional imposición de un monarca, sino una auto imposición de los ciudadanos, a favor de la comunidad política organizada de la cual son miembros, realizada a través de los representantes que los mismos han elegido a tales fines.

Dicha concepción de Estado, en razón de su misma naturaleza constriñe no solo a la Administración *stricto sensu* sino a toda la estructura estatal, órganos políticos incluidos, a realizar su actividad dentro de los límites del derecho vigente, tanto los formales como axiológicos. No puede concebirse entonces, en un estado de derecho, un comportamiento omisivo, en todo o en parte, frente a facultades legalmente encargadas. Máxime cuando se trata de un departamento del estado que, como autoridad de aplicación de la norma, debe hacerla “actuar”.

La esencia misma del derecho administrativo, que puede resumirse en esa tensión entre autoridad de la administración y libertad de los administrados, lleva implícita la idea de ese actuar público “debido”. Comprensivo no de cualquier actuar, sino solo de uno dentro del marco que el derecho le ha fijado.

No puede en modo alguno, quedar amparado por el principio de reserva, un actuar que no se ajuste a lo normativamente establecido. Sería como confundir (y a veces, ha pasado) La discrecionalidad administrativa con la arbitrariedad.

Es por ello que, tal como dice la Sala en el considerando V del relatado fallo^{xxxiii}: *“cuando el Congreso prevé que los funcionarios encargados de dirigir los entes o agencias reguladoras tengan a su cargo funciones de naturaleza legislativa y jurisdiccional, además de ejecutivas, y establece para ellos determinadas calificaciones, les fija un término de duración a sus mandatos, y establece la bases sobre las cuales pueden ser removidos, tales requisitos deben ser observados”*.

Por su parte, Jorge Edmundo Barbará sostiene que el caso “Ángel Estrada” suscitó numerosos comentarios^{xxxiv}, exponiendo claramente en su artículo^{xxxv}, alguna de las críticas que se formularon a dicho fallo a través de la opinión del prestigioso administrativista Ismael Mata, lo cual transcribo en forma textual.-

Ismael Mata entiende que la sentencia de la Corte recaída en dicho caso *“es acertada en cuanto al enfoque de la responsabilidad del prestador de un servicio público por los daños y perjuicios causados por deficiencias de dicho servicio; en cambio, según mi opinión, la decisión resulta errada en lo relativo a la competencia de los entes reguladores para resolver ese tipo de conflictos mediando una norma legal que les atribuye decidir en forma previa y obligatoria en todas las controversias vinculadas con el servicio regulado”*.-

Asimismo, Mata critica el fallo cuando, no obstante identificar los aspectos técnicos que jugaban en la especie para establecer la responsabilidad de la distribuidora, les quita entidad para conferirle jurisdicción al ente porque, según la Corte, bien pueden ser sustituidos esos aspectos técnicos por informes requeridos al ente por el juez ordinario. Mata entiende, entonces, que la Corte, incurre *“en una afirmación inexacta”* porque, por un lado desmerece la relevancia de los extremos técnicos pero, por otro lado, entiende que el juez debe pedir al ente dichos informes para resolver la causa.-

Asimismo, Mata advierte que sesgar la actividad jurisdiccional del ENRE, estableciendo distinciones en cuanto a cuál controversia puede ser dirimida por el ente y cual no, cuando la ley 24.065 en el artículo 72 habla de *“toda controversia”*, significa que la Corte efectúa distinciones donde la ley, en función de sus términos, no lo hace. Vendría así, entonces, a vulnerar el principio exegético *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Mata sostiene que la intención del legislador surge con claridad de la norma en el artículo 72, en cuanto encomendó al regulador resolver todas las controversias que se susciten *“con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad”*, es decir, todos los aspectos vinculados con el servicio asignando, según afirma Mata, la prioridad a los aspectos técnicos y económicos inherentes al mismo.-

Asimismo, en cuanto al extremo del fallo referido a la esterilidad de la vía administrativa, en razón de que una decisión condenatoria dictada por el ente regulador carecería de autoridad de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso conforme a las reglas relativas a la ejecución de sentencias, Mata también lo somete a crítica. Ello así porque entiende que, o bien el pronunciamiento del regulador puede ser consentido por ambas partes y, por tanto, quede firme, con lo cual podría ejecutarse judicialmente, o bien, para el caso de que aquel pronunciamiento fuere recurrido, la decisión del tribunal revisor tendría fuerza de cosa juzgada y sería ejecutable.-

Según una primera reflexión de Barbará, apunta al ente regulador y a su pronunciamiento. Ello así porque entiende que al priorizar las normas regulatorias específicas del sector eléctrico por sobre las normas del derecho común, en una cuestión cuya naturaleza manifiestamente exigía un análisis a partir de estas últimas, se revela que un organismo técnico no resulta idóneo para dirimir una controversia cuya sustancia no fuera técnica. En tal sentido, sostiene que la Corte transita por el camino correcto al negarle una competencia que el ente desperdició u omitió ejercer.-

Sin embargo, al revelarse el ente inidóneo para resolverla, y requerir que las dos instancias judiciales que revisaron su pronunciamiento -la Cámara y la Corte- unánimemente la revocaran, pone de manifiesto la debilidad del ente para comprender y resolver la cuestión de fondo, particularmente cuando su pronunciamiento afecta al usuario. En otras palabras, el desmanejo normativo de fondo efectuado por el ente, del cual no parece haberse derivado, precisamente, el valor justicia que la aplicación del derecho requiere, nos permite avanzar sobre la segunda cuestión del fallo, esto es, sobre la competencia del ente para resolver dicha situación. Y, por las mismas razones apuntadas, nos parece que también, en cuanto tal cuestión, le asiste razón a la Corte.-

Pero además, nos parece también acertada la línea conceptual del fallo en cuanto a esta segunda cuestión. En efecto, confiar al ente, en una jurisdicción primaria, la competencia restringida para las cuestiones que, en su medio y en su fin, **constituyan cuestiones técnicas, condice con la independencia y experticia reclamada para su correcto funcionamiento.**-

Pero suponer que le ha sido confiada la resolución de las controversias para cuya dilucidación, desde que apareció el Estado, se confió a jueces formados específicamente en el conocimiento de un único sistema jurídico, precisamente porque poseen ese conocimiento diferenciado, requeriría un replanteamiento no sólo del principio de división de poderes, sino de la propia estructura judicial y su carácter también técnico en lo jurídico como requisito de existencia del

Estado y de la Democracia, además de que supondría, precisamente, desvirtuar el carácter experticia de los entes.-

Posiblemente lo que debió haber efectuado la Corte, y no hizo, fue declarar la inconstitucionalidad del artículo 72 de la ley 24.065 en cuanto atribuye al ente competencia para dirimir “*todas las controversias*” y, a partir de dicha descalificación constitucional, por las mismas razones que invoca en la sentencia, determinar, como, por lo demás lo hizo, cuál es la competencia del órgano regulador.-

9. Conclusión

No pocos valores y elementos jurídicos de peso, se hallan involucrados en lo resuelto en “ACIJ y otros c. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”.

Se le exige al Estado, no de cualquier actuar, sino de una actuación “debida”, conforme a las normas que se hallan establecidas; los derechos subjetivos públicos, como nuevas categorías de legitimación en el área administrativa para exigir tal tipo de actuar en derecho; el cumplimiento de las facultades de los poderes públicos; el prevenir antes que reparar, en materia de actividad pública.

Podríamos seguir con la enumeración, pero creo que lo antes expuesto es lo suficientemente representativo para darnos cuenta de los valiosos aspectos involucrados en el fallo comentado, pero también trasluce otros aspectos no menores que estarían mostrando un cambio de cultura jurídica en pleno y franco desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso particular de la regularización de las agencias administrativas, como ya hemos visto, a fines de la década del 80, la prestación de servicios públicos en nuestro país, se encontraba atravesando una profunda crisis, por lo cual fue necesario un cambio profundo en la estructura de este sector.

La reforma tuvo en mira la concentración de la actividad del Estado en el control de las empresas privatizadas con el fin de proteger los derechos de los usuarios, siendo indispensable intensificar la regulación en los sectores en los que estos se encuentran cautivos. Para cumplimentar tal fin, como se ha visto, se han creado los Entes Reguladores.

La violenta dinámica de la práctica regulatoria exige por parte del Estado, para el funcionamiento óptimo del ente, una fuerte eficiencia y estabilidad institucional, principalmente de los responsables profesionales que la deben llevar adelante.

En este sentido, la premisa de la selección por concurso y estabilidad institucional de los directores de los organismos de control, podría ser el punto de inflexión para comenzar a corregir definitivamente la acción regulatoria en nuestro país. A partir de ella se darían las condiciones iniciales de organización, profesionalidad y permanencia para comenzar a ejercer la regulación de manera ordenada, sin mayores presiones tanto de la autoridad política como de la actividad privada.

Es claro, y así lo ha entendido la Corte, que para ejercitar sus funciones **estos organismos, requieren una neutralización política que los separe del gobierno de turno** (la letra negrita me pertenece).

La actual conformación de estos Organismos denota una falencia importante que debe corregirse para lograr que se cumplan los preceptos para el cual fueron creados. Consecuentemente, para que su obrar sea legítimo.

La independencia de estos organismos es fundamental, asimismo, para restringir la discrecionalidad e indebida intervención del gobierno en la toma de decisiones. En efecto, el respeto al procedimiento instaurado por la normativa aplicable delega la responsabilidad de la toma de decisiones en cuerpos independientes, los cuales como vimos deben estar conformados por expertos en la materia.

En tal sentido puede afirmarse que la corrupción también es un tema instalado en los organismos privados, fenómeno visible en los diferentes tipos de presiones que ejercen sobre los entes reguladores a la hora de fijar pautas y hacer cumplir las normativas del servicio respectivo. Teniendo en cuenta esta situación podemos afirmar que el sector público está obligado a actuar con eficacia y con eficiencia pues sus beneficiarios no están constituidos por un determinado sector de la población, sino por toda la comunidad en su conjunto. Por tanto, más que nadie debe buscar que sus acciones sean realizadas de la manera más conveniente y justa para toda la sociedad.

En estos Organismos, derivados de una mayor división de trabajo en las estructuras estatales, en razón de la necesidad de diferenciar al poder estatal que concede el servicio público de que se trate, respecto de aquel poder estatal que regule y controle tal servicio, requiere sin dudas que dicha diferenciación conlleve independencia y especialización.^{xxxvi}.

La experticia reclamada para el funcionamiento de los entes, sirve para que el mismo pueda extraerse de los operadores privados, los usuarios y hasta el propio poder político de turno, quien puede utilizarlo de acuerdo a su conveniencia del momento.

La regulación específica, puede brindar una mayor satisfacción a las necesidades del sector, y no desvirtuarse por la atención de las necesidades globales, que conlleva una regulación sin selectividad y especialización.

Sumado a ello, estoy convencida que para obtener una real independencia de los Organismos, es necesario eliminar –modificar-, la intervención en Alzada de la Secretaría de Energía. Ello en el entendimiento que este Organismo adquiere funciones ejecutivas en materia de modificación de reglas administrativas específicas, para los que fueron creados los Organismos de Control. Este hecho genera incertidumbres en materia reglamentaria, puesto que hay más de un Ente que emite opinión, no dando la seguridad jurídica y/o técnica necesaria, y trasluciendo de manera indebida una intervención del poder político por sobre un Ente autárquico y autónomo como lo es el ENRE.

En este sentido, el marco regulatorio debería disponerse de manera tal que la vía administrativa debiera agotarse con el dictado de las resoluciones del Directorio del Ente Regulador, y por consiguiente dichas resoluciones podrían ser recurridas ante la Justicia, de esta forma se evitarían superposición de funciones, e intervenciones de corte político. A la luz de nuestro derecho positivo, resulta claro que el propósito del legislador en la materia ha sido el de crear una instancia administrativa previa a la judicial para la dilucidación de controversias específicas relativas a dicha disciplina. Ellos pueden, asimismo, ser resumidos en un objetivo que si bien influencia a todo lo jurídico, a la vez, lo supera; mejorar la calidad institucional de nuestro Estado de derecho.

Queda mucho por hacer, los Entes Reguladores fueron llamados a cumplir un papel protagónico en la etapa post-privatizadora, por ello necesitan perfeccionar su accionar para legitimar la labor gubernamental y servir al ciudadano, razón última de su existencia.

i ENRE, Informe Anual, 1993/1994, p.8.

ii Ley 23696 (B.O. 23/8/89).

iii Las empresas de generación térmica e hidroeléctrica, si bien no están controladas directamente por el ENRE, deben cumplir una serie de requisitos establecidos por CAMMESA, para ingresar en el Mercado Eléctrico Mayorista.

iv Ello en especial atención a las obligaciones a cargo del ENRE.

v Moliner, María, Diccionario del uso del Español, Gredos, Madrid, 1983, T.I, p.306

vi “La competencia de los entes reguladores de los servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus límites”. Por Gustavo Boullade. Doctrina, Publicado en Jurisprudencia Argentina, Número Especial “El Caso Ángel Estrada”, 2005-III, Bs. As. 31/08/2005.

vii Tanto el ENRE como el ENARGAS son preexistentes en su creación a la reforma de la Constitución de 1994, pero ambos organismos fueron creados por las Leyes 24.065 y 24.076 respectivamente.

viii CNacContAdmFed., Sala 4°, 19/5/94 “Aguas Argentinas SA c/ Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios”, JA, 1994-IV-408).

ix *..de allí que se comporte como un “pequeño estado dentro del Estado”* Bianchi, Alberto ¿ *Qué son los entes reguladores?* (apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico), en El Derecho 186-675).

x Por ello Cassagne señala que la diversidad de regímenes existentes dificulta su sistematización, Cassagne, Juan Carlos, “Los Nuevos Entes Regulatorios”, “Revista de Derecho Administrativo”, Bs. As., 1993, año 5, N° 14, págs. 485 a 498, esp. Pág. 486.

xi Artículo 25, Ley 24.240.: (...) “Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor.

Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley.” (Artículo sustituido por art. 10 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

xii Artículo 3, Ley 24.240— “*Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.*(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)”

xiii 4 Gaspar Ariño Ortiz, según la cita de Esteban J. Rosa Alves, nos dice: “...Las decisiones del ente regulador no revisten las características de los actos administrativos clásicos, caracterizados por lo que se llama su tipicidad, esto es, la vinculación estricta del contenido del acto con lo previsto por la norma en la que ese supuesto de hecho se contempla (plena subsunción del acto en la norma). Ya hemos dicho también que, frente a ello, en la regulación económica, aunque se aplique el principio de norma previa, existe un margen de discrecionalidad económica y técnica. . El ente regulador tiene que ponderar, en muchos casos, los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc.) que entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos. La apreciación y valoración de estos factores no es algo que pueda preverse con detalle en una norma estricta, aunque, ciertamente, una de las tareas fundamentales del ente regulador ha de consistir en la redacción y aprobación de normas reglamentarias a través de las cuales se

vayan desarrollando y concretando cada vez más los principios contenidos en las leyes. Pero, en todo caso, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración ordinaria. Justamente, por ello, es especialmente exigible una amplia motivación de los mismos. La decisión debe ser particularmente transparente y argumentada. Sólo así, es pensable su revisión judicial” (pág. 36).

Resulta, pues, claro, que la suficiente motivación de una decisión intrínsecamente técnica, permitirá al juez ponderar la razonabilidad de esa decisión y, por ende, su revisión o control.

xiv “*El Estado y los Servicios Públicos*”, por Mario de Casas, Presidente del E.P.R.E. Mendoza, febrero 2005.

xv COMADIRA; Julio R., “*Los sujetos reguladores en la pos privatización*”, en las I Jornadas Internacionales sobre Regulación Económica e Iniciativa Privada, 13 al 15 de Septiembre de 1993, RAP N° 183, pág. 26.

xvi Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 4° ed., El Ateneo, Bs. As., 1947, t. II, p.28

xvii Atribuciones del Poder Ejecutivo.-Artículo 99.- “(...)3 *El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.*(...)”

xviii Artículo 54.- *Créase en el ámbito de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, el que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2° de esta ley. El Ente Nacional Regulador de la Electricidad deberá estar constituido y en condiciones de cumplir sus funciones dentro de los sesenta (60) días de la puesta en vigencia de la presente ley.*

xix Artículo 55, Ley 24065.: “ *El ente gozará de autarquía y tendrá plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado, y su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran y por los que adquiera en el futuro por cualquier título. Tendrá su sede en la ciudad de Buenos Aires. El ente aprobará su estructura orgánica*”.

xx Artículo 51, Ley 24076.: “ *El Ente Nacional Regulador del Gas gozará de autarquía y poseerá plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado y su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran y los que adquieran en el futuro por cualquier título*”.

xxi Ello también rige en los Organismos creados por decreto.

xxii Comadira, Rodolfo, “*Los sujetos reguladores en la post-pos privatización*”, RAP, N° 183, p.29, Buenos Aires, diciembre de 1993).

xxiii Artículo 57, Ley 24.065: “- *El ente será dirigido y administrado por un directorio integrado por cinco (5) miembros, de los cuales uno será su presidente, otro su Vicepresidente y los restantes vocales.*”

xxiv Artículo 62; Ley 24.065: *“El directorio formará quórum con la presencia de tres (3) de sus miembros, uno de los cuales será el presidente o quien lo reemplace y sus resoluciones se adoptarán por mayoría simple. El presidente, o quien lo reemplace, tendrá doble voto en caso de empate”.*

xxv Artículo 58, Ley 24065, ENRE.: *“Los miembros del directorio serán seleccionados entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia y designados por el Poder Ejecutivo, dos (2) de ellos a propuesta del Consejo Federal de la Energía Eléctrica. Su mandato durará cinco (5) años y podrá ser renovado en forma indefinida. Cesarán en sus mandatos en forma escalonada cada año . Al designar el primer directorio, el Poder Ejecutivo establecerá la fecha de finalización del mandato del presidente, vicepresidente y de cada vocal para permitir tal escalonamiento”.*

xxvi Artículos 57 y 58, leyes 24076 y 24065, respectivamente. ARTICULO 57, Ley 24.076. *“El presidente durará cinco (5) años en sus funciones y podrá ser reelegido. Ejercerá la representación legal del Ente Nacional Regulador del Gas y en caso de impedimento o ausencia transitorios será reemplazado por el vicepresidente”.*

xxvii Artículos 55 y 59, leyes 24065 y 24076.

xxviii Artículo 55, Ley 24.076: *“Los miembros del directorio tendrán dedicación exclusiva en su función, alcanzándoles las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y sólo podrán ser removidos de sus cargos por acto fundado del Poder Ejecutivo Nacional.*

Previa a la designación y/o a la remoción el Poder Ejecutivo Nacional deberá comunicar los fundamentos de tal decisión a una comisión del Congreso de la Nación integrada por los presidentes y vicepresidentes de las comisiones que cada una de las Cámaras determinen en función de su incumbencia, garantizando una representación igualitaria de senadores y diputados. Dicha comisión deberá emitir opinión dentro del plazo de treinta (30) días corridos de recibidas las actuaciones. Emitida la misma o transcurrido el plazo establecido para ello, el Poder Ejecutivo Nacional quedará habilitado para el dictado del acto respectivo .”

xxix Artículo 59 ENRE, Ley 24.065. *“...Los miembros del directorio tendrán dedicación exclusiva en su función, alcanzándoles las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y sólo podrán ser removidos de sus cargos por acto fundado del Poder Ejecutivo....”,* leyes 24076 y 24065, respectivamente.

xxx Agustín Gordillo *“Tratado de Derecho Administrativo”, Cuarta Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2 “La Defensa del Usuario y del Administrado”,* página VI-22, notas 12 y 13 y sus citas.

xxxi *“La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias”.* Por Mario Rejtman Farah. Doctrina, Publicado en Jurisprudencia Argentina, Número Especial “El Caso Ángel Estrada”, 2005-III, Bs. As. 31/08/2005.

xxxii Artículo 72, Ley 24.065.- Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del

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

xxxiii "ACIJ y otros c/E.N. s/proceso de conocimiento" Causa 28.046/2006.

xxxiv Entre otros, es posible citar los siguientes trabajos a propósito del caso "Ángel Estrada": Mata, Ismael; "El caso Ángel Estrada" y la competencia de los entes reguladores para resolver conflictos sobre daños y perjuicios"; Rap Digital – Circular Letter 47 – Mayo 2005 incluido en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública-Rap- N° 322 – Julio 2005; Cassagne, Juan Carlos; "Las Facultades jurisdiccionales de los Entes Reguladores"; La Ley del 9/6/255; Merteikian, Eduardo; "Breves anotaciones sobre los límites de la "competencia" de los entes reguladores en la solución de conflictos, en la jurisprudencia del caso "Ángel Estrada" Revista de la Administración Pública-Rap; Circular Letter 53, 12/08/2005, Fanelli Evans, Guillermo E.; "Indemnizaciones a Usuarios y Competencia de los Entes Reguladores"; La Ley del 22/4/2005; Vanossi, Jorge R.; "De nuevo: ¿Poder Judicial y Tribunales Arbitrales; o Tribunales Administrativos?"; JA – 2005 –II, fascículo 12; Mora, Roberto D.; "Una de cal y otra de arena (A propósito del fallo Ángel Estrada y Cía. S.A.)"; La Ley – Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 27/5/2005; Coviello, Pedro J.J., ¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso "Ángel Estrada")", El Derecho, Administrativo, Buenos Aires, 29/04/2005.-

xxxv "El Control Judicial de los entes reguladores y de control: Problemática y Reflexiones críticas"

xxxvi Jorge Edmundo Barbará obra citada

Principal Bibliografía consultada:

- ⇒ AGLIO, Alejandro. *El rol del estado en la prestación de servicios públicos*, Revista Argentina de Derecho Administrativo año 13; n° 153; Bs. As., Ciencias de la Administración, junio 1991, p.9.
- ⇒ ARIÑO ORTIZ Gaspar, *La regulación económica*, Bs. As.: Abaco; 1996.
- ⇒ ARIÑO ORTIZ Gaspar, *Teoría y Práctica de la regulación para la competencia (Hacia un nuevo concepto de servicio público)*, RDA, año 7, n° 19/20, Bs. As., Depalma, may-dic, p. 223.
- ⇒ AZPIAZU, Daniel, compilador. *Privatizaciones y Poder Económico*. Bs. As.: Flacso; 2002.
- ⇒ BARBARÁ, Jorge E. y NALLINO, María A. *"El Estado Post privatizador: de la decisión general a la decisión especializada"*. Ponencia presentada en el II Congreso Nacional de Ciencia Política, Mendoza, Noviembre de 1.995.
- ⇒ BARRA, Rodolfo Carlos, *Hacia una interpretación restringida del concepto jurídico de servicio público*, La Ley 1982-B- 362.
- ⇒ BARREIRO, Rubén A. "Derecho de la Energía Eléctrica", 1° Ed. Buenos Aires: Abaco; 2002.
- ⇒ BASTOS, Carlos M., y ABDALA, Manuel Á, *Transformación del sector eléctrico argentino*, Santiago de Chile, 1993, p. 259.
- ⇒ BIANCHI, Alberto, *La regulación económica*, 2° Ed., Buenos Aires: Abaco; 1999.
- ⇒ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 4° ed. t. II. Bs. As.: El Ateneo; 1947.
- ⇒ BOULLAUDE, Gustavo *"La competencia de los entes reguladores de los servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus límites"*. Doctrina, Publicado en Jurisprudencia Argentina, Número Especial "El Caso Ángel Estrada", 2005-III, Bs. As. 31/08/2005.
- ⇒ CASSAGNE, Juan Carlos, *La revisión de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, Revista de Derecho Administrativo, N° 3, 1990, pág. 94 y ss.

-
- ⇒ CASSAGNE, Juan Carlos, *Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual*, La Ley, diario del 13 de septiembre de 1994.
 - ⇒ CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Nuevos Entes Regulatorios*, "Revista de Derecho Administrativo", Bs. As., 1993, año 5, N° 14, págs. 485 a 498, esp. Pág. 486.
 - ⇒ CARRANZA TORRES, Luis R. *"El deber de la Actividad estatal debida y las nuevas legitimaciones procesales"* (ED).
 - ⇒ COMADIRA, Julio R., *El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo*, Revista de Derecho Administrativo, Ed. Depalma, 1990. Año 2, pág. 273 y ss.
 - ⇒ DROMI, Roberto *Derecho Administrativo*. 7° Ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina; 1998.
 - ⇒ DROMI, Roberto, *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
 - ⇒ ENRE, *Informe Anual*, 1993/1994, disponible desde: [URL:http://www.enre.gov.ar](http://www.enre.gov.ar).
 - ⇒ ENRE, *Informe Anual*, 2000, disponible desde: [URL:http://www.enre.gov.ar](http://www.enre.gov.ar).
 - ⇒ Ente Nacional Regulador de la Electricidad, *El informe Eléctrico. Cinco años de regulación y control*, disponible desde: URL: <http://www.enre.gov.ar>
 - ⇒ GORDILLO, Agustín A. *"Tratado de Derecho Administrativo"*, T. 4.1, 3° ed., Bs. As., 1980
 - ⇒ GORDILLO, Agustín A. *"Tratado de Derecho Administrativo"*, T. II, 2° ed., Bs. As., 1971.
 - ⇒ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5° ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t.2, cap. XI, ps. 2 y 3.
 - ⇒ GORDILLO, Agustín. *Entes Regulatorios*. Tratado de Derecho Administrativo. Capítulo XV. Doctrina en línea. [37 pantallas] Disponible desde: URL: <http://www.gordillo.com/Pdf/1-7/1-7aXV.pdf>.
 - ⇒ LEGISA, Juan Antonio, *"Los problemas de segunda generación en la regulación del sector eléctrico en la argentina"*; 18 ht World Energy Congress; ENRE; Buenos Aires, Abril 2001.
 - ⇒ LINARES, Juan Francisco, *Concepto y definición de servicio público*, Revista Argentina de Derecho Administrativo, N° 19, pág. 35.
 - ⇒ MAIORANO, Jorge Luis, *Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público*, Revista Argentina de Derecho Administrativo, N°14, pág. 15.
 - ⇒ MARIENHOFF, Miguel. S *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; Buenos Aires.
 - ⇒ MARTINEZ de VEDIA, Rodolfo, *La organización en la regulación de los servicios públicos*. 1° Ed. Buenos Aires: Abaco; 2003.
 - ⇒ MERTEHIKIAN, Eduardo, *Renegociación de los Servicios Públicos de Jurisdicción Nacional, Emergencia y Derechos de los Usuarios*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP, 282:27.
 - ⇒ PEREZ HUALDE, Alejandro, *El concesionario de Servicios Públicos Privatizados* 2°Ed, Bs. As.: Depalma; 1998.
 - ⇒ REBOLLO, Luis Martín, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica.*, Madrid: RAP N° 100-102 pág. 2471; Enero-Diciembre 1983.
 - ⇒ REJTMAN FARAH, Mario *"La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencia"*. Doctrina, Publicado en Jurisprudencia Argentina, Número Especial "El Caso Ángel Estrada", 2005-III, Bs. As. 31/08/2005.
 - ⇒ SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad Hoc; 1999.
 - ⇒ SORIA, Daniel Fernando, *Las privatizaciones y el control del Congreso*, RAP N° 191, pág. 16.
 - ⇒ VENTURA, Andrea F. *"Apuntes sobre los Entes Regulatorios"*.

Jorgelina Barbieri