

## **El contexto de una democracia delegativa y la cuestión de Entes reguladores y de control independientes ejercidos por expertos. Sus facultades, extensión y límites.\***

*Jorge Edmundo Barbará*

### **1. La República Argentina en emergencia a fines de los ochenta. El proceso privatizador: actores institucionales involucrados. La delegación de facultades del Congreso.**

El proceso de privatizaciones de los noventa ha sido sometido a una serie de críticas cuya síntesis puede resumirse en que ese proceso tuvo por resultado la priorización de intereses privados por sobre los intereses colectivos.-

En efecto, la reforma del Estado iniciada en 1989 durante la Administración del Presidente Menem, se llevó adelante estando pendiente una previa formulación de los marcos regulatorios que debían presidir cada una de las privatizaciones.-

Ciertamente que el contexto político, social e institucional que vivía Argentina en 1989 amenazaba con un aumento progresivo y veloz de las tensiones sociales de imprevisibles consecuencias. Escaso nivel de inversión; desempleo disfrazado bajo ocupación sobredimensionada en el sector público; erogación de los recursos estatales en beneficio de un escaso número de contratistas; virtual inexistencia de reservas para amortizar capital e intereses de la creciente deuda pública externa -e interna-; aislamiento del sistema financiero internacional y advenimiento de una devastadora hiperinflación con la consiguiente pérdida del valor de los salarios, del consumo y de la producción misma, caracterizaban la situación imperante en 1989.-

La cosmovisión que se supuso era el remedio para semejante descalabro imponía, en términos universalmente similares a las economías nacionales, políticas antiinflacionarias, equilibrio fiscal, privatizaciones, desregulación de los mercados, apertura comercial y financiera (Mora y Araujo: 1997).-

En este contexto se hace cargo de la Presidencia Carlos S. Menem, seis meses antes de expirar el período presidencial de Raúl Alfonsín, obligado éste a renunciar anticipadamente atento el descontrol al cual se había llegado por las circunstancias arriba apuntadas.-

Inmediatamente arribado al poder Menem, a escasos treinta días de su asunción, el Congreso sancionó, con el acuerdo generalizado de los partidos políticos representados en el Parlamento, la Ley de Reforma del Estado nro. 23.696. Esta ley, sancionada el 12 de agosto de 1989, promulgada el 18 de agosto y publicada el 23 de agosto de ese mismo año, contiene interesantes disposiciones en las cuales considero necesario detenerme brevemente.-

En virtud de esa ley, se declaró una amplísima “emergencia administrativa” abarcativa de la totalidad de los organismos del Estado en materia de prestación de servicios públicos. En efecto, los términos del art. 1° de esa ley fueron los siguientes:

---

\* El presente trabajo se corresponde con una reelaboración efectuada sobre la ponencia presentada ante el VIII Congreso Internacional organizado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y realizado en la Ciudad de Panamá, Panamá, entre los días 28-31 de octubre de 2003.

*“Art. 1º: Declaración. Declárase en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración pública nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, nacionales y/o municipales y todo otro ente en que el Estado nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias. Esta ley es aplicable a todos los organismos mencionados en este artículo, aún cuando sus estatutos o cartas orgánica o leyes especiales requieran una inclusión expresa para su aplicación. El régimen de la presente ley será aplicable a aquellos entes en los que el Estado nacional se encuentre asociado a una o varias provincias y/o municipales, siempre que los respectivos gobiernos provinciales y/o municipales presten su acuerdo. Este estado de emergencia no podrá exceder de un (1) año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. El Poder Ejecutivo nacional podrá prorrogarlo por una sola vez y por igual término.”.-*

En consecuencia con esa declaración, se autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a intervenir todos los entes, empresas y sociedades, cualquiera fuere su tipo de propiedad exclusiva del Estado Nacional *“y/o de otras entidades del sector público nacional de carácter productivo, comercial, industrial o de servicios públicos”*. Los únicos organismos del Estado Nacional que fueron exceptuados de ese proceso de intervenciones fueron las Universidades Nacionales (art. 2º, ley nro. 23.696).-

En el capítulo específico de las privatizaciones, esa ley facultaba al Poder Ejecutivo Nacional a declarar *“sujetas a privatización”* a todo el ámbito de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas de propiedad del Estado Nacional, debiendo ser aprobada, esa declaración del Poder Ejecutivo Nacional, por ley del Congreso, asignándose trámite de preferencia para esos proyectos (art. 8º de la ley). Sin perjuicio de ese trámite, la propia ley nro. 23.696 dispuso, en listados anexos, *“sujetas a privatización”* a un considerable número de empresas estatales (art. 8º ib.).-

En efecto, la propia ley ahorraba todo trámite declarando directamente sujetas a privatización a una serie de empresas y organismos estatales, entre las que se encontraban, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Aerolíneas Argentinas, Empresas Líneas Marítimas Argentinas, Yacimientos Carboníferos Fiscales, Dirección Nacional de Vialidad, Ferrocarriles Argentinos, Empresa Nacional de Correos y Telégrafos, Yacimientos Petrolíferos Fiscales, todos los medios de comunicación (con excepción de un medio televisivo y un medio radial), subterráneos de Buenos Aires, servicios de prestaciones Culturales, Recreativas y Mantenimiento Urbano de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Junta Nacional de Granos, Administración de Puertos, Casa de Moneda, Talleres Navales de Dársena Norte, Compañía Azucarera Las Palmas S.A., Gas del Estado, SEGBA, Agua y Energía, Obras Sanitarias de la Nación, Forja Argentina S.A., Carboquímica Argentina Sociedad Anónima Mixta, Petroquímica Río Tercero Sociedad Anónima Mixta.-

Como se advierte, los representantes del pueblo en el Parlamento entendieron que el pueblo quería el total desguace estatal, a menos que haya existido algún error por exceso de interpretación acerca del querer social existente en Argentina en ese momento y en esas circunstancias.-

**Pero la norma que resulta claramente indicativa de la premura y eficacia con que se pretendía llevar adelante el proceso de desregulación y privatizaciones, es aquella a través de la cual el Congreso delegaba en el Ejecutivo unipersonal su función más eminente, esto es, la de hacer y deshacer leyes. Ello así porque facultó expresamente al Presidente de la República a dejar sin efecto cuantas leyes hubiesen dispuesto sobre la manera en que el Estado debía cumplir**

**sus servicios públicos. Entiéndase bien, si una ley había establecido que el sistema de prestación de determinados servicios públicos -por ejemplo el servicio postal o el servicio telefónico- era monopólico en favor del Estado, un decreto del Poder Ejecutivo podía derogar tal sistema a través del establecimiento de un mercado abierto y competitivo para la prestación de ese servicio o..... dejar sin efecto ese monopolio estatal para privatizar en cabeza de otro monopolio, pero esta vez privado. Tal era la normativa del art. 10° de la ley nro. 23.696 que literalmente dispuso:**

*“Art. 10°: Alcances. El acto (del Poder Ejecutivo Nacional) que declare sujeta a privatización puede referirse a cualesquiera de las formas de privatización, sea total o parcial, pudiendo comprender tanto a una empresa como a un establecimiento, bien o actividad determinada. Con el mismo régimen que el indicado en el artículo anterior, el decreto del Poder Ejecutivo nacional podrá disponer, cuando fuere necesario, la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias aún cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio.”.-*

Semejante amplitud de los sectores estatales a privatizar y desregular y semejante cesión de facultades al Presidente de la República para perfeccionar, cuanto antes, aquella finalidad, no fue acompañada por ninguna previsión que razonablemente estableciera los marcos regulatorios y los entes que debían tener a su cargo el control -y regulación- de los sectores a privatizar.-

Los únicos órganos de control previstos en la Ley de Reforma del Estado, en su art. 5°, lo constituían el control externo del Tribunal de Cuentas de la Nación y la Sindicatura General de Empresas Públicas (SIGEP), los que debían ajustarse a sus normas específicas, esto es, normas existentes para un tipo de Estado al cual se decidía, por esa misma ley, reformar estructuralmente. También se creó una Comisión Bicameral de seguimiento de las privatizaciones, como nexo entre el Congreso y el Poder Ejecutivo Nacional, a la cual volveremos más abajo.-<sup>1</sup>

De manera virtualmente simultánea con la ley nro. 23.696, con fecha 1° de setiembre de 1989 se sancionó la ley nro. 23.697, de “*emergencia económica*”, la cual, “*en ejercicio del Poder de Policía de Emergencia del estado*” (art. 1°), dispuso, por un lado, la suspensión de todo tipo de subsidios y subvenciones provenientes del Tesoro Nacional así como la suspensión de los regímenes de promoción industrial y minera, y, por otro lado, derogó toda limitación a la inversión de capitales extranjeros, garantizándose la igualdad de trato de aquellos capitales con el capital nacional en relación a inversiones en actividades productivas.-

Tampoco esta ley, que generosamente abría las puertas a los capitales extranjeros para las inversiones requeridas en el proceso de privatizaciones, tenía previsiones en materia de marcos regulatorios ni entes de control.-

Esta fue, pues, la matriz legal del proceso de Reforma del Estado a través de privatizaciones y desregulaciones que tuvieron lugar en los noventa.-

Ciertamente que la entrada en vigencia de estas leyes no tuvo nada que ver con el denominado “plan de convertibilidad”, el cual entró a regir después con una distancia mayor a la de un año y medio largo con respecto a aquellas leyes nro. 23.696 y nro. 23.697.-<sup>2</sup>

Los Entes Reguladores y de Control fueron creándose, pues, puntualmente, a medida que las privatizaciones de los diversos sectores de servicios públicos se fueron privatizando. Pero, además, la

inmensa mayoría de los mismos fueron creados y diseñados por el Poder Ejecutivo Nacional a través de los respectivos decretos.-<sup>3</sup>

La discrecionalidad con que el Poder Ejecutivo nacional llevó adelante el proceso de reforma del Estado, a través de una amplia y profunda política de privatizaciones y desregulación del mercado, se correspondía con la complacencia del Congreso Nacional respecto de aquella discrecionalidad, particularmente a partir de la delegación de facultades que éste dispuso en cabeza de aquél, resignando la naturaleza misma de sus funciones, esto es, la de legislar, atento la expresa autorización que en tal sentido otorgó al Poder Ejecutivo Nacional por el ya comentado art. 10º de la ley nro. 23.696.-

**Por tanto, cuando se observa que las privatizaciones y desregulaciones que se llevaron adelante en los noventa tuvieron por resultado, en definitiva, la priorización de los intereses sectoriales privados, por sobre los intereses generales de la población, ello no significa otra cosa que institucionalmente se había resignado, por parte de los actores que efectivizaban el poder de esas instituciones -Poder Ejecutivo y Poder Legislativo- el necesario poder de policía inherente a la existencia del poder estatal en cuanto tal, el cual se suponía que debía ejercerse, de manera previa o siquiera simultánea conforme al diseño legal de dicho proceso de reforma del Estado.-**

Resulta de claro interés la afirmación de Aspiazu cuando manifiesta que *“la debilidad y precariedad regulatoria que caracteriza a la experiencia privatizadora en Argentina (formulación tardía, limitada y, cuando no, precaria de marcos regulatorios, constitución de débiles agencias reguladoras -muchas veces con posterioridad a la transferencia de los activos-, recurrentes renegociaciones contractuales), los llamados “defectos” o “problemas de diseño” regulatorios que se manifiestan en el campo de los servicios privatizados, han resultado plenamente funcionales a la lógica de acumulación y reproducción del capital de los grandes conglomerados locales y extranjeros que, a partir de su activa presencia en los distintos procesos de privatización, han pasado a constituirse en el núcleo hegemónico del poder económico en el país”* (Aspiazu:2001).-

Ahora bien, si la precariedad regulatoria fue funcional a los privilegios empresarios, resulta de interés de primer orden verificar dónde recayó la responsabilidad, a fin de examinar de manera crítica la tendencia de focalizar esa responsabilidad únicamente en grupos más o menos pequeños -normalmente el Poder Ejecutivo y vinculados al Poder Ejecutivo-, los cuales, **sin dejar de portar semejante responsabilidad, debieran compartirla, al menos,** con los actores que encarnaron los otros poderes estatales, en el caso, también el Congreso Nacional, independientemente de la que le cabe al Poder Judicial cuya actuación y responsabilidad no es objeto de este trabajo.-<sup>4</sup>

Y ello tanto más cuanto el Congreso Nacional contaba con una Comisión Bicameral ad hoc, a la que ya hemos hecho referencia, la cual, si bien no constituía un Ente Regulador y de Control, strictu sensu, de los servicios públicos privatizados, estaba constituida por seis Diputados y seis Senadores -del oficialismo y de la oposición-, a la cual se le sumaban los respectivos asesores, y que tenía como misión *“constituir y ejercer la coordinación entre el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo nacional, a los efectos del cumplimiento de la presente ley y sus resultados debiendo informar a los respectivos cuerpos legislativos sobre todo el proceso que se lleve adelante conforme a las disposiciones de esta ley”* (sic, art. 14, ley nro. 23.696, el resaltado me pertenece).-

Para cumplir con esa misión de semejante envergadura, la ley le daba el instrumental necesario a esa Comisión a fin de que estuviera informada sobre cada paso que se diera en materia de privatizaciones, de desregulaciones y de reforma del Estado en general. En efecto,, agregaba la ley:

*“Para cumplir su cometido, la citada Comisión deberá ser informada permanentemente y/o a su requerimiento de toda circunstancia que se produzca en el desenvolvimiento de los temas relativos a la presente ley, remitiéndosele con la información la documentación correspondiente”* (art. 14 ib., el resaltado me pertenece).-

Como se advierte, la Comisión Bicameral no estaba relegada a una mera posición de ratificación de lo actuado por el Poder Ejecutivo en la materia de que se trata, sino que debía ser informada sobre cada paso que se diera en esa materia, estando facultada para requerir información *“de toda circunstancia que se produzca”*. En otras palabras, estaba en condiciones de constituirse en un *partner* del Ejecutivo en el itinerario de toma de decisiones. Y si bien es cierto que las decisiones al respecto eran responsabilidad del Poder Ejecutivo, podía formular propuestas alternativas, observaciones y emitir cuantos dictámenes considerara necesario -y no se conoce que lo haya hecho eficazmente-, porque así también lo facultaba la propia ley en los siguientes términos:

*“Podrá requerir información, formular las observaciones, propuestas y recomendaciones que estime pertinente y emitir dictamen en los asuntos a su cargo. A estos efectos la Comisión Bicameral queda facultada a dictarse su propio reglamento de funcionamiento”* (art. 14 ib.).-

Además de contar dicha Comisión con todos los atributos propios del Congreso y de las facultades específicas que le otorgaba la ley nro. 23.696, ésta reforzaba su posición de control sobre el Ejecutivo en materia de privatizaciones y desregulaciones, estableciendo la obligación de una colaboración permanente de los órganos específicos de control Tribunal de Cuentas y Sindicatura General de Empresas Públicas a favor de la Comisión Bicameral, según disposición expresa de esa ley nro. 23.696 en su ya citado art. 14.-

Por lo tanto, el examen de todo lo ocurrido en materia de privatizaciones y desregulaciones exige una labor crítica institucional sobre **todos** los actores que se encontraban involucrados, precisamente en el plano institucional.-

Circunscribir la temática a la revisión de los instrumentos jurídicos a través de los cuales se efectuaron las privatizaciones y desregulaciones, y el consecuente comportamiento de actores privados y públicos resulta correcto, si **también** se analiza el comportamiento de todos los poderes institucionales en aquellos instrumentos y en aquella materia.-

Comisión, omisión y comisión por omisión no son sino formas de actuar que merecen el reproche del derecho positivo, para el caso que se hubiera actuado en contra del mismo.-

Ciertamente que aquí no se trata de investigar si hubo o no acto antijurídico alguno en el proceso de reforma del Estado de los noventa. Se trata, si, de esclarecer responsabilidades institucionales sobre un proceso que considero tiene luces y sombras, y que, respecto de estas últimas, el comportamiento de los actores en aquel proceso nos puede ayudar a buscar formas de aclararlas y remediarlas.-

Es conveniente advertir que, en la opinión de serios investigadores del proceso privatizador de los noventa, las deficiencias que se señala adoleció aquel proceso habría obedecido a una suerte de *do ut des*, de un doy para que me des, con importantes grupos empresariales nacionales e internacionales, consistente en la necesidad *político-institucional* de obtener la confianza plena de esa “comunidad de negocios”, la cual estaría integrada en lo nacional, por los grandes grupos económicos locales, y, en lo

internacional, por la banca acreedora, los organismos multilaterales de crédito y las empresas extranjeras o conglomerados internacionales. Por lo tanto, la subvaluación de los activos; la despreocupación por el saneamiento previo de las empresas a privatizar; los defectos referidos a la división de la propiedad de las mismas; las limitaciones e insuficiencias regulatorias y normativas; las distorsiones en la estructura de precios y rentabilidades relativas de la economía, supondrían el precio que hubo que pagarse para obtener el éxito político-institucional, contribuyendo a afianzar la confianza de la “comunidad de negocios”, favoreciendo el ingreso de capital, el crecimiento del consumo doméstico, la renegociación de la deuda externa y la consolidación de nuevas bases y condiciones refundacionales del desenvolvimiento económico y social del país (Aspiazu:2001).-

Es claro que las deficiencias de las cuales ciertamente adoleció el proceso de privatizaciones tuvieron consecuencias perjudiciales para la República Argentina y, por ende, para sus habitantes en cuanto consumidores, clientes o usuarios o, simplemente, en cuanto habitantes que soportan las consecuencias de decisiones que se contradicen con aquellas que persigue el arribo a una sociedad buena.-

## **2. El control y la regulación *afuera* de los poderes políticos. El conocimiento técnico como condición de independencia.**

Posiblemente la consecuencia más seria que implicó la ausencia -o precariedad- de marcos regulatorios y órganos de control oportunos y eficaces haya consistido en la concentración de la propiedad y en la regulación tarifaria, que contribuyeron a debilitar la función de regulación estatal y supusieron un desplazamiento de utilidades a favor del capital concentrado claramente dañino para el usuario argentino y para los intereses colectivos en general.-

La pregunta que entiendo deberíamos efectuarnos a esta altura de nuestras reflexiones es la siguiente: Qué hubiera sido necesario para que aquellas asimetrías y deficiencias no se produjeran o, al menos, hubieran sido obstaculizadas razonablemente.-

**Si los poderes Ejecutivo y Legislativo aparecen involucrados como *partners* -o asociados-, en las deficiencias de las privatizaciones y desregulaciones, la respuesta debería buscarse *afuera* de estos poderes.-**

Aparece aquí la necesidad de Entes Reguladores y de Control independientes. Pero la independencia institucional no garantiza, por sí misma, un comportamiento independiente del Ente respecto de los poderes políticos y respecto, además, de poderes no políticos, como pueden ser el de los grupos empresariales o, quizás, de las propias corporaciones de usuarios, consumidores o clientes.-

**Posiblemente si los Entes hubieran existido con independencia institucional de jerarquía legal, descentralizados y autárquicos, pero, además, constituidos por expertos con conocimiento “*experticio*” en el sector a controlar y regular, previsible y precisamente por ese conocimiento, hubiera supuesto al menos un obstáculo a las influencias provenientes tanto de los poderes políticos cuanto de las fuerzas sociales con intereses sectoriales. Hipotéticamente, al menos, si ello hubiera ocurrido, el proceso de privatizaciones y desregulaciones hubiera transcurrido por otros escenarios.-**

Pero esta hipótesis de trabajo carecería de interés concreto si este requerimiento no fuese imperioso de ejecutar también en el presente, y para el futuro, en Argentina, según insistiremos más abajo en este trabajo.-

### **3. La República Argentina en emergencia en 2002. Actores institucionales involucrados. La delegación de facultades del Congreso.**

A fines de 2001 se desató una profunda crisis en Argentina que obligó al Presidente Fernando de la Rúa a resignar su investidura. Una recesión prolongada -aproximadamente unos cuatro años de recesión-; un aumento progresivo de la desconfianza en el cumplimiento de la deuda externa que hacía ascender vertiginosamente el índice de “riesgo país” con el consecuente efecto psicológico que ello traía aparejado a la sociedad argentina; críticas crecientes al plan de convertibilidad -algunas ciertamente interesadas en favorecer determinados sectores de la economía nacional-; una tasa creciente de desempleo y subocupación; cuestionamiento también creciente a los actores que efectivizaban los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, era el marco referencial en el cual transcurría el año 2001.-

Semejante situación motivaba no sólo a una desconfianza profunda a los sectores de inversión externa, particularmente en el sector financiero, sino también de los más diversos sectores domésticos. Esto último se revelaba a partir de la fuga de capitales al exterior, toda vez que no se necesitaba ser experto en materia económica para advertir la inseguridad e incertidumbre por las que transitaba el país.-

En este contexto se dicta la ley nro. 25.466 la cual fue promulgada el 24 de setiembre de 2001 y publicada en el Boletín Oficial el 25 de setiembre de 2001, entrando en vigencia de manera inmediata, que estableció la intangibilidad de los depósitos bancarios en la República Argentina. Esta ley, naturalmente aprobada por el Congreso Nacional, estableció la garantía de devolución de los depósitos en moneda extranjera o de origen a todos los ahorristas y depositantes en la totalidad del sistema financiero argentino.-

Por su contundencia, merece repararse en los términos de esta breve ley nro. 25.466 de sólo cuatro (4) artículos dispositivos, la cual, después de establecer claramente en su art. 1º la intangibilidad de todos los depósitos “*ya sean en pesos o en moneda extranjera*”, disponía, en su art. 2º, lo siguiente:

*“Art. 2º: La intangibilidad establecida en el art. 1º consiste en que el Estado nacional en ningún caso, podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes” (sic).-*

Para que no quedara margen de interpretación equívoca alguna acerca de la seguridad que debía asistirle al depositante de fondos en la República Argentina, el art. 3º de esa ley la elevaba a la categoría de “orden público” y preveía que los derechos de los depositantes “*serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17 de la Constitución Nacional*” (sic).-

La seguridad que daba esta ley del Congreso de la Nación era, pues indubitada, inequívoca y plena. No debía dejar resquicio de duda acerca de la seguridad que asistía al depositante respecto de su dinero, sea en la moneda que fuere, y sobre la naturaleza de su derecho, esto es, un pleno y consolidado derecho adquirido protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional, el cual resguarda la inviolabilidad de la propiedad privada.-

Sin embargo de tan contundentes y precisas previsiones, a los pocos días, para ser más preciso el 1° de diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto nro. 1.570 por el cual se estableció la prohibición de retirar los ahorros y fondos depositados en el sistema financiero que superaran los pesos o dólares doscientos cincuenta (250) semanales y las transferencias de fondos al exterior.-

Este fue el inicio del “acorrallamiento” de los dineros depositados en el sistema financiero argentino.-

A partir de allí, la legislación argentina dispuso exactamente lo opuesto de aquello establecido en la ley de intangibilidad nro. 25.466.-

Se consumaba uno de los más feroces ataques -posiblemente el más grave- al derecho de propiedad de argentinos -y no argentinos- que habían continuado confiando en el sistema financiero nacional y en la seguridad que supuestamente brindaban las normas jurídicas, amén de declararse formalmente el default o cesación de pagos de la deuda pública externa e interna.-

Con fecha 7 de enero de 2002 se publicaba en el Boletín Oficial la ley nro. 25.561 que establecía una nueva emergencia pública en la Argentina, a poco más de una década de haberse declarado la emergencia anterior también por el Congreso Nacional a través de las leyes nro. 23.696 y nro. 23.697 antes comentadas y a sólo tres meses de haberse establecido la intangibilidad de los depósitos a través de la ley del Congreso nro. 24.566 también comentada.-

Esta nueva ley nro. 25.561 declaraba, en su art. 1°, *“la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria...”*.-

**Ahora bien, de la misma manera que la ley nro. 23.696 había delegado en el Poder Ejecutivo Nacional las más extensas facultades de naturaleza y jerarquía legislativa, a través del ya referido art. 10, esta ley nro. 25.561 efectuaba una nueva delegación aún más generosa en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional, toda vez que le otorgaba las más amplias facultades fijándole bases, pero no límites -salvo en lo temporal-, para decidir cuantas medidas considerara pertinentes.-**

En efecto, el art. 1° de la ley nro. 25.561 se expresaba de la siguiente manera, a continuación de la transcripción arriba efectuada de aquella misma disposición normativa:

*“...delegando al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: 1. proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4. Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2°.”* (sic, art. 1°, ley nro. 25.561).-

Como se ve, el marco referencial dentro del cual se facultaba al Poder Ejecutivo Nacional para actuar era tan amplio que, virtualmente, el Presidente quedaba autorizado para actuar discrecionalmente intentando cuantas políticas creyese conveniente, aún cuando fuesen contradictorias, toda vez que las doctrinas más diversas y heterogéneas, particularmente en materia económica, ofrecen sustento como

para suponer que, a través de cualquiera de ellas, se persigue el “*crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública*” que determinaba la ley.-

A poco que se repare que la Constitución Nacional coloca en cabeza del Congreso de la Nación las atribuciones de “*arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación*” (art. 75, inc. 7, Constitución Nacional); de “*contraer empréstitos sobre el Crédito de la Nación*” (art. 75, inc. 5); de “*hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación*” (art. 75, inc. 11); “*establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales*” (art. 75, inc. 6), se advertirá que las facultades que delegaba al Poder Ejecutivo eran precisamente aquellas que la Constitución preveía que fueran atribuciones específicas del Congreso Nacional.-

De manera, pues, que a través de la emergencia nuevamente invocada y declarada, el Poder Legislativo resignó aquello que era suyo -legislar y regular-, sin fijar mayores límites ni precisiones para su cumplimiento.-

*Ce lui qui délègue, abdique*, reza un famoso aforismo jurídico que revela la restricción de libertad y facultades que supone el virtual renunciamiento, aunque fuere temporario, que significa la delegación.-

Por lo demás, la ley nro. 25.561 derogó las disposiciones de la ley nro. 23.928 que establecían la convertibilidad.-

A través de la delegación efectuada por aquella ley, el Poder Ejecutivo Nacional dictó una serie de innumerables decretos, unos modificatorios de otros, sin contar los cientos -y hasta miles- de instrumentos jurídicos que dictaron los diferentes Ministerios, particularmente el de Economía, conjuntamente con las resoluciones y comunicaciones del Banco Central de la República Argentina.-

Dichas disposiciones, que comenzaron con el dictado del decreto nro. 214, publicado en el Boletín Oficial con fecha 4 de febrero de 2002, a través del cual se “*pesificó*” la economía argentina, esto es, se convirtieron en pesos las obligaciones expresadas en dólares estadounidenses a una relación de \$ 1,40 cada dólar, cuando en el mercado libre la moneda estadounidense triplicaba aquel valor, comenzaron a poner en vigencia un esquema económico el cual, sin llegar a constituir un plan económico previsible -y menos sustentable- se caracterizaba, en buena medida, porque los sectores beneficiados eran, al parecer, diferentes de los favorecidos por el sistema de convertibilidad, toda vez que a los beneficios que recibió el sector financiero y ciertos operadores de servicios privatizados les ha sucedido el beneficio que ahora recibiría el sector exportador, particularmente el agrícola y aquel que se adaptó fluidamente al proceso de sustitución de importaciones.-

La concentración de la riqueza en pocas manos en Argentina, ha continuado produciéndose.-

#### **4. El control y la regulación *afuera* de los poderes políticos.**

Las preguntas que cabe formularnos ahora son las siguientes:

1) ¿Pueden tener confianza *los usuarios* en sus representantes, esto es, en los actores que constituyen el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo respecto de la tutela de sus intereses?

2) ¿Pueden tener confianza *los operadores privados* en aquello que se denomina *compromiso regulador*, esto es, el compromiso consistente en garantizar un espacio de previsibilidad y continuidad de políticas, que reviste particular importancia para que el sector privado genere inversiones en el ámbito respectivo de prestación de servicios?

A través del análisis que hemos efectuado arriba en función de la reflexión crítica de los actos normativos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, no parece que la respuesta pueda ser afirmativa respecto de cualquiera de las preguntas arriba formuladas.-

La gravedad radica en que no se trata que de la Administración Menem, o de la Administración de la Rúa, o de la Administración Duhalde, o inclusive de la Administración Kirchner, se deba expiar sin más, esto es, como órganos de decisiones y de poder aislados, las responsabilidades por los defectos de las políticas aplicadas y, en definitiva, por la crisis fenomenal desatada en Argentina.-

La gravedad radica en el Congreso Nacional, esto es, los actores que efectivizaron el poder de esa función estatal, también son responsables por no haber ejercido -y no ejercer-, precisamente, el poder que por la Constitución y por el sistema político les asiste. Y la gravedad radica, entonces, en que precisamente el Legislativo es el máximo poder de control y regulación de un Estado de Derecho Democrático, el cual, según se vio, de manera reiterada, resignó semejante poder.-

Ciertamente que la desconfianza existente en usuarios y operadores privados, y la inseguridad jurídica correlativa e inherente a aquella desconfianza, no son sino especies dentro del género de ruptura de los contratos político y jurídico que sostuviéramos en nuestro trabajo publicado en el Anuario VII (2002-2003) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, especie que se vincula, precisamente de manera específica, con la regulación y el control sobre el que, a partir del proceso de privatizaciones, recae el mayor peso en cuanto que las falencias que presentaron fueron funcionales, en definitiva, a sectores empresariales privilegiados y contrarias al interés general.-

Una vez más, se impone que dirijamos nuestra mirada a órganos que se encuentren, en lo posible, *afuera* de la órbita de los poderes políticos, y que sean independientes de los mismos.-

**Ahora bien, las relaciones que median en la prestación de servicios públicos de gestión privada requieren de conocimientos técnicos para comprender su naturaleza, sus alcances y sus eventuales consecuencias contrarias al interés general.-**

Cualquier prestación de servicios públicos a cargo de operadores privados supone una relación jurídica entre estos operadores, por una parte, y el Estado, por la otra, a través del instrumento utilizado para hacer efectiva la privatización de servicios. Pero, por otro lado, supone una relación entre el operador privado y el usuario de ese servicio, relación en la cual, atento la naturaleza pública del servicio que se presta, el Estado -allí- tampoco puede estar ausente.-

La idea a la que obedece la creación de entes reguladores y de control independientes, reside en que quien controla y regula no debe ser el mismo que concede el servicio de que se trata, de allí que el rol de los entes reguladores debe ser diferente al del Estado que concede aquel servicio, por imperativo de transparencia, de igualdad y de justicia en el sistema. Pero ese criterio de independencia es meramente formal u organizacional, pues, en sustancia, la independencia depende del acierto y rigurosidad del control y de la regulación, y ello, a su vez, depende del conocimiento técnico o experticio que posee y aplica el Ente.-

La complejidad de relaciones que supone la prestación del servicio exige de conocimientos específicos. Transporte terrestre automotor; transporte terrestre ferroviario; transporte aéreo; servicios postales; telefonía; provisión de energía eléctrica; provisión de gas; utilización de rutas terrestres o utilización de hidrovías, no son sino, entre otros, servicios públicos cuya prestación requiere específico conocimiento de su naturaleza intrínseca, a fin de ejercer un adecuado control y regulación.-

Pero además, tanto la ecuación económica que resulta de las previsiones del contrato de concesión o del instrumento utilizado para practicar la explotación -o, eventualmente, para transmitir la propiedad del servicio-, cuanto la tarifa o precio objeto de la contratación con el usuario, así como los índices empleados, la estructura tarifaria, la posibilidad de renegociación contractual por variación de precios, suponen la necesidad de que el conocimiento sobre la naturaleza del servicio en sí mismo no es bastante. Se requiere que se conozca específicamente de economía, a fin de que, en el proceso mismo de toma de decisiones, el ente esté en situación de controlar todo aquello que supone variable económica en la prestación de los servicios, tanto respecto a la empresa y su plan de inversiones y rentabilidad, cuanto a la justicia inherente a la tarifa.-

Asimismo, el estudio de las condiciones generales de la contratación a favor del operador, los recíprocos derechos y obligaciones entre poder concedente y concesionario, el acto mismo de adjudicación, los extremos previstos y los no previstos o sobrevinientes a la contratación, así como la interpretación de las cláusulas de los contratos que, normalmente denominados “de adhesión”, vinculan al -o a los- operadores privados con los usuarios, los derechos de éstos, el encuadramiento dentro del marco constitucional, sin entrar a considerar el conocimiento que requiere la propia función de control y regulación y la función jurisdiccional inherente a esa función, requiere de sólidos conocimientos jurídicos.-

**Esto es, la composición del Ente Regulador y de Control requiere de conocimientos técnicos en su estructura, en su personal, en sus instrumentos, en sus funcionarios. Ello es imprescindible para el adecuado ejercicio de sus funciones de control y de regulación.-**

El desconocimiento técnico que el Ente demuestre previsiblemente va a ser funcional a los intereses de los concesionarios, permisionarios, licenciatarios u operadores privados de servicios públicos, los cuales, naturalmente, poseen ese conocimiento como condición de su existencia y progreso.-

En Argentina, ese desconocimiento tuvo consecuencias negativas para el interés general y operó a favor, en general, de algunos sectores privados beneficiarios de privatizaciones.-

El sistema adoptado como regulación tarifaria, como por ejemplo el “price-cap” o de precio tope o máximo, reviste importancia trascendente al momento de aplicarse los factores de ajuste periódico de las tarifas. En el ejemplo referido, en el que la regulación se concentra en un precio tope de las tarifas, al cual se lo pondera, periódicamente, a través de una fórmula polinómica que recepte la evolución de los precios domésticos y al cual se resta un factor de ajuste vinculado a la eficiencia empresaria, hace advertir a Azpiazu (2001) las rentas de privilegio de que gozaron, desde el inicio de su gestión, las empresas privadas que se hicieron cargo de determinadas privatizaciones en Argentina, como fueron los casos, según el mencionado economista, de la privatización de Entel y de Gas del Estado.-

Asimismo, resulta un claro ejemplo de la reflexión jurídica específica en materia de regulación, la advertencia consistente en que nos encontramos frente a una norma vejatoria para los clientes del Servicio de Comunicaciones Móviles, aquella contenida en el inc. b) del art. 33 del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico, por la cual se habilita al prestador a dar de baja el servicio a determinado usuario que estuviese en mora en su pago, y a suspenderle otros que le fuesen brindados por el mismo prestador, aunque estos últimos estuviesen pagos (Cuiñas Rodríguez:1999).-

El conocimiento específico requerido, cobra particular importancia en el caso de Entes Reguladores y de Control, porque la razón misma de su existencia ha consistido en la especialización que se requirió del poder de policía estatal con motivo de la especialización que se iba produciendo en el mercado a medida que avanzaba el proceso de privatizaciones en las respectivas áreas de prestación de servicios públicos. Como ya hemos dicho en trabajos anteriores, la sectorización que impuso la trilogía operador(es) privado(s), usuarios y Estado, impuso a éste la necesidad de especialización en el control y la regulación del específico mercado -o ámbito- comprendido entre aquellos operadores privados y usuarios según fuere el servicio público sobre el que había recaído el proceso privatizador.-

La necesidad de que los Entes Reguladores estén constituidos por expertos, resulta, pues, de la razón misma que da existencia a los Entes y a la problemática que deben encarar.-

Sin embargo, en un país en el cual los contratos sociales básicos se encuentran rotos y en esa fractura los actores que efectivizaron el poder de los tradicionales Poderes Ejecutivo y Legislativo - además, como ya se dijo antes, también del Poder Judicial- portaron -y portan- responsabilidad fundamental en la crisis estructural que significa ese rompimiento contractual, los expertos debieran *también* poseer atribuciones en cuanto definidores de políticas del sector donde actúan, esto es, debieran devenir en *políticos* en razón de los intereses colectivos que están obligados a regular y en razón, particularmente, del compromiso regulador consistente, como ya se dijo, en garantizar un espacio de previsibilidad y continuidad de políticas (Barbará, 2002).-

La función de regulación y de control de los servicios privatizados se encuentra mejor resguardada en órganos independientes que obran conforme al conocimiento experto que da sentido a aquella independencia y que torna esperable un espacio de previsibilidad y continuidad.-

## **5. Discrecionalidad y límites de la decisión técnica.**

Pero es desde la perspectiva de la revisión de sus decisiones -o de los límites a esas decisiones- donde el carácter técnico del Ente juega un rol determinado.-

**Si los Entes son independientes de los poderes políticos y, para ello, es sustancial que los mismos estén a cargo de expertos -que cumplan también aquella función política en relación al interés general-, debemos verificar en qué medida se asegura su independencia respecto de la revisión de sus decisiones si los mismos son confiados a expertos.-**

Para ello debemos partir de la premisa que los Entes han sido previstos, aquellos creados por ley, como entidades autárquicas de la Administración general.<sup>5</sup> Como se verá, esta autarquía es importante que se reconozca a los demás Entes, aún cuando su creación haya sido por decreto del Poder Ejecutivo Nacional, práctica que, por lo demás, ha merecido siempre nuestro reparo. Véase, por ejemplo, Barbará, Anuario VI (2002).-

La autarquía supone independencia funcional.-

En una interesante crítica a un fallo judicial, Borgoña y Fairstein (2001) dicen:

*“Las tareas de control, regulación y protección de los derechos de los usuarios que tienen asignados los entes reguladores requieren para su adecuado ejercicio de la mayor autonomía e independencia funcional posible respecto de la administración....*

*Mientras que lo que se da dentro de la administración centralizada es un control jerárquico, donde existe la facultad de avocación y la posibilidad de revisión amplia de los actos administrativos dictados por los funcionarios de menor jerarquía, la relación entre las entidades descentralizadas y la administración central se caracteriza por la improcedencia de la avocación y por facultades limitadas de revisión de los actos administrativos” (conf. art. 97, decreto nro. 1759/72 t.o. 1991).-<sup>6</sup>*

*En este sentido Dromi señala que “dada la naturaleza de los entes (se refiere a los autárquicos), el control de la administración es sólo de legitimidad, verificando si se han observado los límites del quehacer regulado o los límites impuestos al ejercicio de facultades discrecionales. La acción controladora se restringe a verificar la conformidad o disconformidad de los actos con las exigencias del sistema normativo. Técnicamente no es admisible el control de mérito, conveniencia u oportunidad, pues en ello el ente autárquico tiene ilimitados poderes discrecionales....*

*Para garantizar la independencia requerida es necesario eliminar, o al menos reducir al máximo, el control de las decisiones del ente por parte del poder político” (sic).-*

La reflexión arriba transcrita apunta a advertir la restricción del órgano administrativo de alzada respecto de una decisión de naturaleza jurisdiccional del ente regulador, pero también advierte sobre la restricción que sufre el órgano judicial cuando pretende revisar una decisión jurisdiccional del Ente, en el caso comentado por Borgoña y Fairstein se trataba de una decisión del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), caso en el cual, finalmente, se pronunciara un órgano del Poder Judicial, la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo en “Edenor S.A. C/ Resolución 664/99 ENRE”.-

Ello nos lleva a destacar la importancia de la decisión de un Ente, precisamente por constituir un acto técnico producido por técnicos, es decir, por expertos. La decisión del Ente, ya sea ésta regulatoria o jurisdiccional<sup>7</sup>, supone una clara restricción en la revisión de esa decisión, sea por parte de la Administración, sea por parte del Poder Judicial, precisamente por su carácter técnico.-

**Por lo tanto, en lo técnico, el poder del Ente es discrecional y, en principio, no revisable, ni siquiera judicialmente.-**

Es claro que la discrecionalidad conque cuenta el Ente en materia técnica o de conocimientos especializados requiere de algunas precisiones en razón de encontrarse sometidos a la racionalidad inherente a un Estado de Derecho democrático.-

**La revisión de un acto de naturaleza técnica está vinculado al carácter de la cuestión. En otras palabras, no es lo mismo la aplicación de reglas técnicas de consenso universal dentro de la comunidad científica, que la aplicación de reglas técnicas o complejas y discutibles, las cuales trasuntan reglas de probabilidad y no de certeza dentro de aquella misma comunidad. En el primer caso, en caso de no aplicación de la regla técnica o científica reconocida como universalmente válida, el caso resultaría revisable. En el segundo caso, se impondría una revisión de la razonabilidad de la pauta técnica escogida como contenido del acto.-**

Sesín (2000), de manera precisa, en relación a la discrecionalidad de la administración en la transformación regulatoria y a la posibilidad del control judicial de los actos técnicos discrecionales, con motivo de una conferencia pronunciada en jornadas sobre regulación, nos dice:

*“¿Cuál es la estrategia que nosotros podemos proponer en este marco? Para mí cuando estemos frente a esta problemática, hay que dividirla en tres aspectos: 1º Cuando sea posible aplicar una regla técnica de universal consenso, en ese caso pasa a formar parte de lo vinculado, lo reglado, el control judicial es posible. 2º Cuando se nos presentan varias técnicas igualmente válidas para el derecho, en ese caso la Administración puede elegir una modalidad discrecional. 3º Cuando estemos realmente frente a un juicio de probabilidad, no de certeza, juicios técnicos complicados, el Juez ¿se cruza los brazos? ¿declina su control? No señores, el Juez debe hacer un profundo control. De qué: al menos de tolerancia, una aserción justificada. Cuando ni la técnica, ni la ciencia no suministran verdades absolutas sino relativas, el Juez debe controlar la tolerancia, de que en definitiva esa alternativa técnica sea al menos tolerada por la comunidad científica, si es razonable, racional, coherente, haya logicidad, etc.. Es decir que la propia opinabilidad de la técnica o de la ciencia, no puede ser convertida en certeza ni por el administrador, ni por el Juez. Esa misma relatividad pasa a formar parte del orden jurídico, por lo tanto quien la aplique, como quien la controle, debe contentarse con soluciones plausibles medianamente tolerables o atendibles”*.<sup>8</sup>

La razonabilidad del criterio científico o técnico contenido en el acto constituye un requisito de su legitimidad y de allí, pues, el control jurisdiccional a que dicho acto está sujeto.<sup>9</sup>

En consecuencia con lo expuesto, podemos afirmar que al Ente le asiste una competencia técnica que debe ejercer con exclusividad, estando facultado el órgano judicial -y el eventual órgano de alzada en sede administrativa- para revisar sólo los límites a la discrecionalidad en el ejercicio de aquella competencia.-

## **6. La competencia técnica de los Entes en los intereses colectivos.**

**Por último, hemos afirmado que en el modelo pragmatístico que hemos sugerido como composición y dinámica de actuación del Ente, el experto debiera actuar, también, como político, en razón de los intereses sociales que está obligado a regular.-**

Pues bien, el carácter técnico que inviste permite posicionarlo en forma privilegiada acerca de la relación prestador-usuario, particularmente en orden a la evolución de las circunstancias reales en que se enmarca la tarifa del servicio público en cuestión.-

Un caso judicial -y su respectivo comentario- pueden ilustrarnos y darnos fundamento acerca del temperamento que consideramos el Ente debe asumir en resguardo de los intereses sociales.-

En el caso “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato”, el concesionario de un servicio público reclamó indemnización por los perjuicios que le causaron las modificaciones tarifarias dispuestas por la Administración, las cuales, a su criterio, se efectuaron en violación del contrato de concesión y de la ecuación económica-financiera prevista en el mismo.-

Tanto el Juez Primera Instancia cuanto la Cámara Nacional de Apelaciones intervinientes habían acogido la demanda y condenado al Estado Nacional a pagar una suma varias veces millonaria en dólares (U\$A 13.785.906,58, con más intereses que, por el prolongado lapso que debían pagarse,

umentaban considerablemente esa suma). Llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo del 30 de junio de 1998, revocó la sentencia y rechazó la demanda, imponiendo las costas en todas las instancias al concesionario actor.-

El meollo de la cuestión que ponderó la Corte para rechazar la demanda consistió en que, si bien la resolución de la autoridad regulatoria que modificó las tarifas originarias produjeron un cierto menoscabo de la rentabilidad empresaria, los ingresos obtenidos por la empresa por la explotación de las concesiones de los servicios de remolque habían sido razonables, *“no detectándose elementos concretos según los cuales la actora haya tenido quebrantos en la explotación de las concesiones portuarias sino que, por el contrario, hubo utilidades al acumulado”*.-<sup>10</sup>

De acuerdo al fallo, entonces, no se trata de que el prestador carezca de derecho para obtener la indemnización de los daños y perjuicios devengados de una modificación tarifaria. Se trata de que ese derecho le asiste si se ve privado de una utilidad razonable y no en caso contrario. Por tanto, no se tiene derecho a una tarifa determinada, fija e inmutable, sino que la Administración -o el Ente Regulador- pueden modificar la tarifa siempre que se asegure al prestador una razonable utilidad.-

Ciertamente que compartimos el criterio de la Corte.-

El fallo mencionado es comentado por Ariel Caplan quien, también con todo acierto, advierte que si al concesionario le asiste el derecho de reparación patrimonial cuando las modificaciones tarifarias lo privan de una utilidad razonable, también le debe asistir a los usuarios ese derecho resarcitorio cuando es el concesionario quien obtiene ganancias excesivas a costa de tarifas elevadas, injustas e irrazonables.-

Tal fallo y tal comentario otorgan fundamento bastante para sostener que el carácter técnico del Ente también lo habilita para equiparar, en un mismo nivel, a prestador de servicios públicos y usuario de esos servicios, recomponiendo las asimetrías existentes y, particularmente, las que hayan existido.-

**Y si es cierta la crítica central que afronta el proceso de privatizaciones de los noventa y que destacáramos al inicio de este trabajo, esto es, que ese proceso ha priorizado los intereses privados de los grandes operadores favorecidos con las privatizaciones efectuadas en detrimento de los intereses colectivos o sociales de los argentinos, cabe a los Entes cumplir un rol de innegable trascendencia después de la crisis del Estado Privatizador.-**

**De ser cierta esa crítica, correspondería una satisfacción a los usuarios argentinos por las ganancias írritas en que habrían incurrido tales empresas, asumiendo éstas una responsabilidad de características diferentes a una deuda social o política, toda vez que se trataría de cuantificar, técnicamente, cuál fue el volumen de las ganancias por sobre la utilidad razonable, y la diferencia constituiría el derecho indemnizatorio de los usuarios argentinos.-**

También la seguridad jurídica es un derecho de los usuarios. Y el Ente, si procediera de la manera expuesta, no estaría comportándose de acuerdo a una supuesta utopía sino que, en verdad, estaría cumpliendo con la propia Constitución Nacional, cuyo art. 42 se inaugura con la cláusula que establece: *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”*, y se coloca en cabeza de las autoridades, específicamente de los Entes Reguladores y de Control, *“proveer a la protección de esos derechos”*.-

Ya hemos afirmado (Barbará:2001) que ese art. 42 se adscribe a la cosmovisión del Estado Social de Derecho, no a la del Estado Neoliberal, a pesar de su inclusión constitucional cuando esta última cosmovisión aparecía como hegemónica.-

**En consecuencia, por el imperativo constitucional expuesto, por la cosmovisión que gobierna ese imperativo constitucional, pero, particularmente, por el carácter técnico que hemos insistido debe gobernar la actividad de los Entes como condición de independencia de los mismos frente a los poderes políticos y a las fuerzas sectoriales interesadas, corresponde a los Entes el examen y conocimiento del deber y del haber de las empresas y de los usuarios en los noventa, determinando, en su caso, la extensión cuantitativa de lo perdido por los usuarios argentinos, si es que el “derecho a seguridad e intereses y de trato equitativo y digno de los usuarios” que determina el art. 42 de la Constitución Nacional no son también cláusulas utópicas.-**

**No escapa a nuestro criterio que ello puede traducirse en una revisión generalizada de las privatizaciones dispuestas en los noventa.-**

**Pero después de haber analizado en el presente las responsabilidades de los políticos poderes Ejecutivo y Legislativo en las emergencias que desataron una de las crisis más fenomenales de nuestra historia<sup>10</sup>, nos parece más apropiado que semejante revisión se efectúe por un órgano que se encuentre afuera de esos poderes políticos -aunque creado por aquéllos- y compuesto por expertos especializados, y cuya existencia se justifica, precisamente, por ese conocimiento especializado que invisten, y no por aquellos poderes, o por comisiones ad hoc creadas por los mismos.-**

No serían de temer extralimitaciones de las decisiones de los Entes, toda vez que ya hemos visto que la discrecionalidad que les asiste en materia técnica, también tiene sus limitaciones.-

## Notas

<sup>1</sup> El único Ente que se creó por la ley nro. 23.696 fue el Ente Tripartito entre la Municipalidad de Buenos Aires, el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y Obras Sanitarias de la Nación. Sin embargo, ninguna previsión tuvo esa ley respecto de la composición, competencia, facultades, ni extremo alguno relacionado con ese Ente, toda vez que se limitó a su mera creación, en el Anexo I de aquella norma. Recién por decreto del Poder Ejecutivo Nacional nro. 999 del 30 de junio de 1992, se previó su funcionamiento y, como Anexo I de ese decreto, se aprobó el marco regulatorio para la concesión de los servicios de agua potable y desagües cloacales. Por tanto, el poder de policía y de regulación y control del ETOSS en materia de agua potable y desagües cloacales no nace de la ley, sino de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional dictado tres años después de aquella ley.-

<sup>2</sup> La ley de convertibilidad nro. 23.928 entró en vigencia el 1º de abril de 1991, habiendo sido sancionada y promulgada el 27 de mayo de 1991 y publicada en el Boletín Oficial el 28 de marzo de 1991.-

<sup>3</sup> La Comisión Nacional de Telecomunicaciones se creó por decreto nro. 1.185 de fecha 22 de junio 1990, modificado por decreto nro. 2.728 de fecha 27 de diciembre de 1990; el Ente tripartito ETOSS, como se vio, su organización, funcionamiento, facultades, obligaciones, etc., fue efectuado por el decreto nro. 999/92, si bien su mera creación fue efectuada por la ley nro. 23.696; la Comisión

Nacional de Correos y Telégrafos, por el decreto nro. 214/92 y por el decreto nro. 2.792/92; la Comisión Nacional de Transporte Automotor, por decreto nro. 104/93; el Órgano de Control de las Concesiones Viales, por decreto nro. 2.039/90; la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario, por los decretos nros. 1.836/93, 454/94 y 455/94; el Órgano de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, por decreto nro. 1.994/93. Sólo el Ente Nacional Regulador de la Electricidad y el Ente Nacional Regulador del Gas, fueron creados y regulados, respectivamente, por las leyes nros. 24.065 del año 1992 y 24.076 también de 1992. Ciertamente que, en la actualidad, algunos de aquellos Entes han desaparecido o se han fusionado con otros, pero también aquí la decisión ha sido por decreto del Poder Ejecutivo.-

<sup>4</sup> No obstante que la actuación del Poder Judicial durante el proceso privatizador de los noventa no es objeto de este trabajo, estimo necesario hacer mención que también este poder estatal se involucró en dicho proceso más allá de las precisas normas a las que debía atenerse. Resulta emblemático, en tal sentido, la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el denominado caso “Dromi”. En verdad, se trataba del “caso de Aerolíneas Argentinas”, en el cual se discutía la privatización de esa empresa estatal. Este caso constituyó el *leading case* del instituto *per saltum* en materia de recurso extraordinario ante la Corte. Se trataba de una acción de amparo deducida por un diputado nacional ante un tribunal de primera instancia. Esto motivó que el Ministro de Obras Públicas de la Nación, Dr. Roberto Dromi, efectuara dos presentaciones directamente ante la Corte Suprema, solicitando el directo avocamiento del Supremo Tribunal, “salteando” las instancias judiciales intermedias y el estado procesal de la causa, en razón, principalmente, de la gravedad institucional que tenía la materia a decidir. La Corte, por primera vez en su historia, no sólo admitió el recurso sino que emitió sentencia sobre el fondo del asunto acogiendo la pretensión deducida por Dromi. El constitucionalista Néstor Sagüés sintetiza la crítica de los diversos autores a ese fallo en los siguientes términos: “*Las observaciones de estos autores son múltiples, en particular: a) La Corte violó las reglas de competencia establecidas por el Congreso (leyes 48 y 4055); b) el escueto escrito apelatorio no era idóneo ni como apelación ordinaria en un amparo, ni como interposición del recurso extraordinario, al carecer de fundamentación autónoma y presentarse directamente ante la Corte; c) no había en la especie extrema gravedad institucional, ya que al prever la ley 16986 la apelación con efecto suspensivo, la sentencia del juez de primera instancia, admisorio del amparo, no se habría ejecutado. Toda esta argumentación es compartible*” (Sagüés:1992).-

<sup>5</sup> La ley nro. 24.065 de creación del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) goza de autarquía en virtud del art. 55 de esa ley. La ley nro. 24.076 de creación del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) dispone la autarquía de éste en su art. 51.-

<sup>6</sup> El art. 97 del decreto nro. 1.759/72 (texto ordenado por decreto nro. 1.883/91), dice: “*Art. 97: El recurso de alzada podrá deducirse en base a los fundamentos previstos en el art. 73 in fine. Si el ente descentralizado autárquico fuere de los creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, el recurso de alzada sólo será procedente por razones de legitimidad del acto, salvo que la ley autorice el control amplio. En caso de aceptarse el recurso, la resolución se limitará a revocar el acto impugnado, pudiendo sin embargo modificarlo o sustituirlo con carácter excepcional si fundadas razones de interés público lo justificaren*”.-

<sup>7</sup> El Ente ejerce función jurisdiccional cuando efectiviza su facultad de imponer penas -es decir, ostenta poder sancionatorio- o resuelve, como tercero imparcial, un conflicto de intereses entre dos partes (Buján:2000). La actividad regulatoria se vincula a la atribución de los Entes de dictar normas reguladoras de actividades desarrolladas por prestadores privados de servicios públicos, “*con la finalidad esencial de armonizar el interés público con los derechos particulares comprometidos. Se*

---

*pretende, en este contexto, que los entes reguladores ejerzan las competencias que se le atribuyen en relación con la ordenación y supervisión del sector de manera independiente. Esto quiere decir que el objetivo de estos entes -y que justifica su existencia- es la neutralización de la gestión. Que no actúen con razones políticas sino técnicas” (Monti:2000).-*

<sup>8</sup> Sesín, en su libro “Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial” (2ª. Edición Lexis Nexos, Depalma, Buenos Aires, 2004), discrimina sistemáticamente, de manera rigurosa, los diversos supuestos de juicios técnicos científicos y del conocimiento empírico, expresados por la Administración, y que resultan revisables jurisdiccionalmente. A ese respecto, estimo particularmente valiosas, a los efectos del punto específico del presente trabajo -límites de la discrecionalidad del Ente en materia técnica o de conocimientos especializados-, las precisiones de Sesín referidas al “Control por las reglas de universal consenso: técnicas, científicas, estándares y de experiencia” (págs. 393 y sigtes.) y las reglas que formula en el Capítulo sobre “Conclusiones Generales”, a partir de la pág. 450 in fine. Remito a la lectura de la valiosa obra. Sólo reproduciré, a continuación, la siguiente apreciación de Sesín: “En síntesis, si el propio orden jurídico da claras directrices respecto de quién debe integrar la indeterminación específica y presupone implícitamente la dificultad de su operatividad, es lógico suponer que el margen discrecional lo tiene el operador referido, es decir, la Administración especializada y no el juez” (pág. 452).-

<sup>9</sup> Dice Cassagne: “La legitimidad se compone de dos facetas distintas que conjugan armónicamente el proceder del órgano administrativo. Por una parte la legalidad, que procura ajustar el obrar administrativo al ordenamiento jurídico positivo, mediante la limitación o el condicionamiento del poder jurídico del órgano que lleva a cabo la función administrativa. Del otro lado, la legitimidad comprende también la razonabilidad o justicia de la actuación administrativa, en cuanto exige que los actos y conductas estatales posean un contenido justo, razonable y valioso.” Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Tomo II, p. 526, 7ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.-

<sup>10</sup> El caso “Maruba S.C.A. c/ Secretaría de la Marina Mercante” puede verse en “Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 17-12-99, p. 12 y sigtes.-

La dimensión de la crisis económica argentina puede comprenderse si se advierte que la crisis de la Gran Depresión del '30 en E.E.U.U. sólo fue la mitad de la de Argentina. Ello fue expresamente declarado por el Representante para América Latina del Gobierno de Estados Unidos, el Subsecretario Otto Reich, quien afirmó que la gravedad de la crisis económica por la que atraviesa la Argentina más que duplica la Gran Depresión que pasó los Estados Unidos en el comienzo de la década del '30. Diario “La Voz del Interior”, Córdoba, Argentina, 10 de julio de 2003.-

## Bibliografía

- Aspiazu Daniel: *“Las privatizaciones en la Argentina ¿Precariedad regulatoria o regulación funcional a los privilegios empresarios?, Documento presentado en el VI Congreso Internacional del CLAD, Buenos Aires, Argentina, 5-9 de noviembre de 2001.-*
- Barbará, Jorge Edmundo: *“Criterios Constitucionales para el Control Social en la Regulación”, en Anuario VI (2001-2002), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.-*
- “República Argentina: Ruptura de Contratos Sociales y la cuestión de Entes Reguladores independientes”, en Anuario VII (2002-2003), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.-*
- Borgoña Vanesa y Fairstein Carolina: *“La independencia de los entes reguladores y el recurso de alzada”, Revista Jurídica La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 15 de octubre de 2001.-*
- Buján Néstor H.: *“El caso Angel Estrada” en “La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas”, Compilación efectuada por Argia, Información Jurídica Estratégica, La Ley, Buenos Aires, 2001.-*
- Caplan Ariel R.: *“La visión de los usuarios sobre un fallo de la Corte”, nota al fallo “Maruba S.C.A. c/ Secretaría de la Marina Mercante” en “Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 17-12-99.-*
- Cuiñas Rodríguez Manuel: *“Cláusulas Abusivas de Telefonía fija y móvil”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 16-09-99.-*
- Monti Laura: *“Facultades Reglamentarias de los Entes de Control” en “La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas”, Compilación efectuada por Argia, Información Jurídica Estratégica, La Ley, Buenos Aires, 2001.-*
- Mora y Araujo Manuel: *“Los nuevos actores políticos en el proceso de democratización y reforma económica. El caso argentino” en “Los actores sociales y políticos en los procesos de transformación en América Latina”, Manuel Mora y Araujo (Compilador), Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Buenos Aires, 1997.-*
- Sagüés Néstor Pedro: *“Recurso Extraordinario”, Tomo 1 y 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992.-*
- Sesín Domingo J.: *“Rol del Estado en la Post privatización. Discrecionalidad de la Administración en la transformación regulatoria”, Conferencia publicada en “La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos*

*de gas*”, Compilación efectuada por Argia, Información Jurídica Estratégica, La Ley, Buenos Aires, 2001.-

*“Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial”*, 2ª edición, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2004.-

## **Reseña biográfica**

Nacido en Mendoza (República Argentina). Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Cursó estudios de posgrado en la Universidad de Tübingen, Alemania. Ex Decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, República Argentina y Profesor Titular de las cátedras de “Historia del Pensamiento Político” e “Introducción a la Ciencia Política y a las Relaciones Internacionales”, de la misma Facultad. Profesor Titular de la cátedra de “Derecho Político”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Es Miembro del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba. Ha sido Convencional Constituyente y Miembro de la Comisión Redactora de la Convención Constituyente en la Reforma de la Constitución de la Provincia de Córdoba, en septiembre de 2001. Ha sido Consejero Titular del Consejo de Seguridad Ciudadana. Ha sido Miembro de la Comisión Ejecutiva de la Unidad Ejecutoria para la reglamentación de la Ley 8835/00 (“Carta del Ciudadano”) de la Provincia de Córdoba, República Argentina. Ha sido Vocal Director del Ente Regulador y de Control del Sistema Postal de la República Argentina (Comisión Nacional de los Correos y Telégrafos) e Interventor de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Correo Oficial de la República Argentina. Ha sido Secretario de Gobierno de la Municipalidad de Córdoba, República Argentina.

## **Resumen**

### **El contexto de una democracia delegativa y la cuestión de Entes reguladores y de control independientes ejercidos por expertos. Sus facultades, extensión y límites.**

*Jorge Edmundo Barbará*

Las políticas de privatizaciones y desregulaciones en la década del noventa en la República Argentina, han sido objeto de severas críticas, a las que no son ajenas por cierto el componente ideológico. El fondo de tales críticas apunta a demostrar que a través de aquellas políticas existió una priorización de los intereses privados sobre los intereses sociales. Concentración económica, monopolios legales y, además, comportamientos monopólicos, ausencia de marcos regulatorios al tiempo de las privatizaciones, laxitud de los controles, defectos en los diseños de los entes reguladores y en sus respectivos funcionamientos, capturas de los entes, desprotección de los usuarios, cláusulas contractuales abusivas, no serían sino indicadores de aquella constatación sobre la asimetría existente en cuanto a los intereses protegidos. Ciertamente que la definición del problema o del cuestionamiento, se resolvería en la respuesta a la pregunta sobre cuál debiera ser el rol del Estado. Esa respuesta creemos que no se obtiene a partir de abstracciones académicas. Antes bien, se resuelve a partir de los instrumentos considerados necesarios para garantizar los intereses sociales sin descuido de los privados. *Regulación y control* sería la respuesta. Pero tal respuesta requiere reflexionar sobre la

composición personal técnica de los Entes, la extensión de sus facultades y la posibilidad de revisión de sus decisiones.-

Para conocer a cargo de quién y hasta dónde debe efectuarse la regulación y control, es menester indagar acerca de cómo estuvieron involucrados los poderes estatales, particularmente el Ejecutivo y el Legislativo, en el proceso de privatizaciones de los noventa y cómo, de manera simétrica, reiteran aquel comportamiento en la crisis de ese Estado Privatizador. A partir de allí, se formulan reflexiones acerca de la necesidad de que la regulación y el control se efectúe a cargo de Entes técnicos, cuya justificación, discrecionalidad y límites se reflexionan a la luz de los riesgos que supondría sustituirlos por los poderes institucionales involucrados en las emergencias vividas en Argentina. Por los mismos motivos, pareciera razonable que tales Entes participen en la revisión de lo actuado en la década pasada.-