

DIRECTOR **JUAN CARLOS CASSAGNE**

95

SEPTIEMBRE/OCTUBRE
2014

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© AbeledoPerrot S.A.

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471
Tel.: (54-11) 4378-4733 - Fax.: (54-11) 4378-4723

Ventas

Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5235-9620
Figueroa Alcorta 2263 - Tel.: (54-11) 4803-2468
tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

TEMA SELECCIONADO

Las contrataciones públicas a 25 años de la reforma administrativa, la emergencia y las privatizaciones, por HÉCTOR M. POZO GOWLAND.....	1061
Las prerrogativas de la administración en la contratación pública (con relación al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional), por ARIEL CARDACI MÉNDEZ	1081
Sobre el régimen de redeterminación de precios en la Ciudad de Buenos Aires (u otro intento de mitigar los impactos de la inflación en los contratos administrativos), por ANA P. GUGLIELMINETTI.....	1103
La controversia acerca de la aplicación de normas de contrataciones de la Administración Nacional a las universidades nacionales, por JORGE I. MURATORIO	1121
Concesiones y licencias de servicios públicos en las leyes 24.065 y 24.076 y acceso a la información pública, por ESTELA B. SACRISTÁN	1135
Los contratos administrativos cuyo objeto importa la realización de desarrollos tecnológicos y la ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato: lo atinente al <i>alea</i> tecnológica, por DAVID ANDRÉS HALPERIN	1153

ESTUDIOS

El comercio jurídico. Consensualismo y convivencia, por JACQUELINE MORAND DEVILLER...	1167
Desafíos a la separación de poderes y la independencia de la justicia. Especial referencia al Uruguay, por AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ.....	1179
Aproximación cuantitativa de la acción declarativa de inconstitucionalidad, por JAVIER I. BARRAZA	1187
Los derechos humanos y la responsabilidad del Estado, por PATRICIO A. MARANIELLO	1193
La participación ciudadana en la Administración Pública, por LUIS E. REY VÁZQUEZ	1205
La ciudad de Buenos Aires: ¿provincia o cuasi-provincia?, por MARCELO BAZÁN LAZCANO	1227
Constitución y Administración. Hacia la tutela administrativa efectiva. El procedimiento administrativo en movimiento, por MARIANO PALACIOS	1239

CONCESIONES Y LICENCIAS DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LAS LEYES 24.065 Y 24.076 Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA*

por ESTELA B. SACRISTÁN**

I. PLANTEO

La información en general parece haber cobrado, hoy, relevancia inusitada. Se suele creer que “información es poder”. Sabemos que información no equivale a saber. Intuimos que hay cierta información que no tiene por qué darse a conocer. Si queremos ser racionales, elegimos, optamos, por lo general, con base en información.

A todo evento, esa información puede hallarse en manos privadas —por ejemplo, contenida en un convenio entre una empresa de medicina prepaga y una entidad prestadora de servicios de salud; o en la base de datos de accionistas de un club de campo con forma societaria— o en poder de los órganos y entes estatales —por ejemplo, el Banco Central de la República Argentina o una universidad nacional—. Esa información suele ser objeto de pretensiones de acceso, situación en torno a la cual usualmente surge la cuestión del denominado “acceso a la información” o de la “libertad de acceso a la información”. Y cuando esas pretensiones de acceso o esa “libertad” de acceso son denegadas expresamente o son desoídas, aparece, en cabeza del peticionante, un “derecho” de acceso a la información que podrá resultar, o no, objeto de satisfacción, sea en sede privada o administrativa, según los casos, o, eventualmente, en sede judicial.

Para reducir costos en esta clase de planteos, en ciertos medios se establecen regulaciones que identifican la información que estará disponible y las condiciones de acceso a ella.

Parecerá claro que, cuando se trata de información que involucra, potencialmente, muchas pretensiones de acceso, mayor cuidado se tendrá en fijar un sistema de acceso a la información no sólo eficaz —que permita el acceso o no en términos claros y precisos— sino también eficiente —reduciendo los mentados costos—.

* El presente está basado en la exposición titulada “Acceso a la información y concesiones y licencias de servicios públicos”, en el panel sobre servicios públicos en el II Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal: La Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en Acción, a 20 años de la Reforma Constitucional de 1994, Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires (Dr. Julio Conte-Grand, Procurador General), Buenos Aires, 9, 10 y 11/6/2014.

** Profesora de Derecho Administrativo y becaria posdoctoral (UCA)

Cuando se erigieron los entes reguladores del gas y de la electricidad —leyes 24.076 y 24.065¹—, el legislador veló, con precaución y visión de futuro y con acceso a rica experiencia comparada, por la disponibilidad de cierta información, generando los pertinentes circuitos, en los que son identificables los sujetos activos y pasivos del acceso. Tal temperamento legislativo llevaba, implícita, la cantidad de personas, físicas o jurídicas, que iban a hallarse incluidas en el escenario que enfrentaba el nuevo regulador, autoridad independiente. Puede advertirse en ello prudencia por parte del legislador congresional, y una actitud de respeto por las instituciones republicanas y, en general, por la dignidad de las personas.

Empero, años más tarde —casi una década después— de la creación y normación de los entes reguladores de las citadas leyes formales, el legislador, esta vez administrativo, estableció otro régimen de acceso a la información, de tenor general, consagrado en uno de los anexos del decreto 1172/2003: en su anexo VII. A falta de ley formal de acceso a la información, este anexo fue un respiro de transparencia entre medio de los efectos de la crisis económica de 2001/2002. Era casi “una nueva ley”².

De la lectura de ambos regímenes —leyes 24.065 y 24.076, por un lado, y anexo VII citado, por el otro— surgen, por cierto, particularidades que merecen alguna reflexión.

Es por ello que, a modo de aproximación a un estudio de esta convergencia de normas, los párrafos que siguen estarán dedicados —sin perjuicio de unas aclaraciones metodológicas necesarias (sección II)— a dos cuestiones: por un lado, la identificación de las incompatibilidades entre ambos regímenes —el de rango legal formal, por un lado, corporizado en las leyes 24.065 y 24.076, y el que surge del decreto 1172, por el otro— (sección III), así como una propuesta interpretativa basada en aspectos de competencia ejercida, motivación y derecho comparado (sección IV), para arribar a las conclusiones finales (sección V).

II. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Entre las aclaraciones metodológicas que estimo menester, a efectos del presente, tengamos en cuenta los circuitos de información que pueden, hipotéticamente, darse³, a fin de identificar aquellos que resultarán relevantes a efectos de este trabajo.

1. Circuito público-público

En este grupo podrían incluirse los supuestos de información que fluirá entre los distintos órganos y entes de la Administración o entre órganos o entes de un Poder del Estado hacia los órganos o entes pertenecientes a otro Poder estatal.

¹ Se restringen estas reflexiones a estas dos leyes, en lo relativo a los servicios públicos, y excedería el marco del presente una comparación con todos los marcos regulatorios vigentes en el orden nacional.

² Cicero, Nidia K., “La reglamentación del acceso a la información pública”, JA 2004-I-1290/1291.

³ Así los identificamos en nuestro “Aspectos contencioso administrativos del derecho de acceso a la información en poder estatal”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), Tratado general de derecho procesal administrativo, t. II, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 709/751.

Así, por ejemplo, la ley 11.672, complementaria permanente de presupuesto, t.o. 2014, establece diversas instancias de información que debe ser suministrada en sus arts. 54, 150, 151, entre otros. El art. 14 de la ley 23.696 de Reforma del Estado y Privatizaciones establece que la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones debe ser informada permanentemente en materia de reforma del Estado y privatizaciones y, además, se halla facultada para requerir información en relación a los asuntos a su cargo. La ley 24.156, de Administración Financiera y Control, establece en sus arts. 44 y 45 el régimen de información a evaluar por la Oficina Nacional de Presupuesto; el art. 106 de dicha ley consagra la información que puede requerir la Sindicatura General de la Nación; el art. 118, inc. e), fija la información que puede solicitar la Auditoría General de la Nación; el art. 129, inc. d), hace lo propio con respecto a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y la información que puede requerirle a la Auditoría General de la Nación. La ley 3952 establece, en su art. 3⁴, un régimen de comunicación, al Poder Ejecutivo nacional, por oficio, de las demandas incoadas contra el Estado, al tiempo que la ley 25.344, art. 6, establece que el tribunal interviniente, de oficio, comunica a la Procuración del Tesoro de la Nación datos relativos a todos los juicios deducidos contra la Administración Pública nacional, centralizada o descentralizada, entidades autárquicas, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, fuerzas armadas y de seguridad, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales y todo otro ente en que el Estado nacional o sus entes descentralizados posean participación total o mayoritaria de capital o en la conformación de las decisiones societarias. Bajo el dec. 1172/2003, anexo VII, art. 6, también se podría suscitar este circuito de información, pues el legitimado activo o requirente de la información puede ser una persona jurídica pública, cuál sería el caso del Estado nacional o cualquiera de sus entes descentralizados. Se trata de información que fluye entre organismos —órganos, entes— alojados en un mismo Poder del Estado, o bien entre Poderes. Este circuito de información no será considerado en el presente trabajo.

2. Circuito privado-público

En este renglón se incluyen las previsiones legislativas en punto a la información que puede serle requerida a una persona del mundo privado por el Estado —en rigor, sus órganos o entes— y sus clásicas limitaciones.

A modo de ejemplo, la ley 11.672, complementaria permanente de presupuesto, t.o. 2014, establece, en su art. 177, que las empresas privatizadas o adjudicatarias de concesiones, servicios o bienes del Estado nacional que tengan en su poder, ya sea en tenencia o guarda, los archivos o documentación de las empresas del Estado nacional privatizadas, deberán suministrar, a requerimiento de la justicia o de la Administración o de la Auditoría General de la Nación, la información necesaria para efectuar descargos, impugnaciones, articular la defensa de los intereses del Estado nacional en diferendos administrativos o judiciales o tramitar beneficios previsionales.

⁴ Vigente en la totalidad de su articulado conf. Digesto jurídico argentino, publicado en www.infojus.gov.ar.

Asimismo, las leyes 24.065 de marco regulatorio eléctrico y 24.076 de marco regulatorio del gas fijan la posibilidad de acceso, por parte del ente regulador, a la información de la concesionaria o licenciataria respectiva para verificar el cumplimiento de la ley (art. 56, inc. n; art. 52, inc. o; respectivamente), con las limitaciones de la confidencialidad y, además, del secreto bancario, del secreto fiscal, entre otras usualmente admitidas constitucionalmente. La información que brinde la firma al Ente transitará del sector privado del concesionario o licenciatario al sector público, donde está alojado ese ente. Este circuito de información sí resultará relevante a efectos del presente.

3. Circuito público-privado

Cuando una instrumentalidad estatal —p. ej., una empresa estatal—, bajo el art. 2, ley 24.240⁵, desarrolla una actividad de producción, importación, distribución o comercialización, un supuesto incluíble en este acápite sería el del art. 4 de la ley 24.240, que prescribe que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización, debiendo ser esa información siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión. Tal sería el caso de la sociedad anónima Aguas y Saneamientos Argentinos, el 90% de cuyo capital es del Estado nacional⁶, que presta el servicio de provisión de agua y servicios cloacales en la Ciudad de Buenos Aires y algunos partidos bonaerenses del área metropolitana.

Asimismo, bajo las leyes 24.065, art. 56, inc. ñ), el Ente Nacional Regulador de la Electricidad efectúa publicaciones, siempre que ello no perjudique injustificadamente derechos de terceros; y bajo la ley 24.076, art. 52, inc. p), el Ente Nacional Regulador del Gas hace lo propio en su esfera de competencia.

También puede argüirse que fluye información del sector público al sector privado bajo la ley 24.156, art. 4, inc. c): si uno de los objetivos de dicha ley es desarrollar sistemas que proporcionen información oportuna y confiable sobre el comportamiento financiero del sector público nacional útil para la dirección de las jurisdicciones y entidades y para evaluar la gestión de los responsables de cada una de las áreas administrativas, y si se entiende que la ciudadanía —o las personas en general— evalúan esa gestión al menos antes de manifestarse políticamente, bien puede tenerse por existente ese circuito de información.

La ley 25.152, art. 8, enumera información que debe fluir del sector público al sector privado. Dice dicho artículo: “La documentación de carácter físico y financiero producida en el ámbito de la Administración Nacional y que se detalla a continuación, tendrá el carácter de información pública y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla: a) estados de ejecución de los presupuestos

⁵ Dicho art. 2 define al proveedor como: “(L)a persona física o jurídica de naturaleza pública o privada que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley (...)”.

⁶ Dec. 304/2006, art. 2.

de gastos y del cálculo de recursos, hasta el último nivel de desagregación en que se procesen; b) órdenes de compra, todo tipo de contratos firmados por autoridad competente, así como las rendiciones de fondos anticipados; c) órdenes de pago ingresadas a la Tesorería Nacional y al resto de las tesorerías de la Administración Nacional; d) pagos realizados por la Tesorería Nacional y por el resto de las tesorerías de la Administración Nacional; e) datos financieros y de ocupación del Sistema Integrado de Recursos Humanos que administra la Secretaría de Hacienda, sobre personal permanente, contratado y transitorio, incluido el de los proyectos financiados por organismos multilaterales; f) listado de beneficiarios de jubilaciones, pensiones y retiros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad; g) estado de situación, perfil de vencimientos y costo de la deuda pública, así como de los avales y garantías emitidas, y de los compromisos de ejercicios futuros contraídos; h) listados de cuentas a cobrar; i) inventarios de bienes inmuebles y de inversiones financieras; j) estado del cumplimiento de las obligaciones tributarias, previsionales y aduaneras de las sociedades y las personas físicas ante la Administración Federal de Ingresos Públicos conforme a la reglamentación que ella misma determine; k) información acerca de la regulación y control de los servicios públicos, obrante en los entes reguladores y de control de los mismos; l) toda la información necesaria para que pueda realizarse el control comunitario de los gastos sociales a los que se refiere el artículo 5, inciso b), de la presente ley. La información precedente será puesta a disposición de los interesados por el señor jefe de Gabinete de Ministros; m) toda otra información relevante necesaria para que pueda ser controlado el cumplimiento de las normas del sistema nacional de administración financiera y las establecidas por la presente ley”. Agrega el párrafo final de ese artículo que “(l)la Auditoría General de la Nación fiscalizará su cumplimiento e informará trimestralmente a las Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación, a partir de la promulgación de la presente ley, acerca de los progresos en la instrumentación y los resultados de su aplicación”. El artículo 8 transcrito fue objeto de veto parcial en punto al momento —en rigor, el plazo máximo— a partir del cual se pondría a disposición la información enumerada (decreto 1017/1999)⁷, con lo que esa observación implicó eliminar ese extremo temporal. Por ende, bien puede interpretarse que la eliminación implicó dar operatividad inmediata a la norma, dentro de la limitación de acreditación del interés respectivo, pues la norma exige —literalmente— un pedido de “parte interesada”, v.gr., la norma califica la legitimación activa requerida.

Por su parte, el dec. 229/2000, de creación del programa “Carta Compromiso con el Ciudadano”, en su art. 3, inc. a), reafirma, entre los derechos de los que goza el ciudadano frente a la Administración Pública nacional, el derecho a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública nacional; el art. 4, inc. e), consagra el derecho a la información de los usuarios y beneficiarios de servicios comprendidos en el mencionado programa, tal que tengan la posibilidad de tener un efectivo acceso a la información en las condiciones que establece la normativa vigente; por último, el inc. g) de dicho art. 4 reza: “Los organismos prestadores de servicios a los ciudadanos en tanto tales, deben realizar la pu-

⁷ Por el art. 6 del dec. 1017/1999 (BO del 21/9/1999) se observó el párrafo que reza: “La información precedente será puesta a disposición de los interesados en forma inmediata, a su requerimiento o mediante la autorización al libre acceso a las respectivas plataformas informáticas, en un plazo máximo de un año contado a partir de la promulgación de la presente ley”.

blicidad de su gestión, en cuanto a conocer qué puede razonablemente esperarse en cada caso, como garantía de efectividad y eficiencia en la asignación de sus recursos humanos, económicos y financieros”.

También en el plano de la ética pública, la ley 25.188, art. 2, inc. e), prescribe que se hallan obligados a mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan, todos los sujetos comprendidos en dicha ley, v.gr., las personas que ejercen la función pública; y el art. 30 del dec. 41/1999 prescribe que el funcionario público debe abstenerse de difundir toda información que hubiera sido calificada como reservada o secreta conforme a las disposiciones vigentes.

Finalmente, el decreto 1172/2003, anexo VII, establece el deber de dar a conocer —a toda persona física o jurídica, en lo que aquí interesa, privada, que la requiera⁸— toda aquella información que no sea la comprendida en el art. 16 de dicho anexo⁹. Este anexo es relevante a efectos del presente trabajo, en especial ya que —como se vio en este acápite, supra—, bajo la ley 24.065, art. 56, inc. ñ), el Ente Nacional Regulador de la Electricidad efectúa publicaciones, siempre que ello no perjudique injustificadamente derechos de terceros; y —como también se reseñó—, bajo la ley 24.076, art. 52, inc. p), el Ente Nacional Regulador del Gas hace lo propio en su esfera de competencia

4. Circuito privado-privado

De conformidad con la letra del segundo párrafo del art. 2 del anexo VII del decreto 1172/2003¹⁰, una persona física o jurídica —en la especie, privada— se hallaría legi-

⁸ Ver acápite “circuito público-público,” in fine, y art. 6, anexo VII, dec. 1172/2003.

⁹ Dicho artículo establece: “Los sujetos (del art. 2) sólo pueden exceptuarse de proveer la información requerida cuando una ley o decreto así lo establezca o cuando se configure alguno de los siguientes supuestos: a) Información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior; b) información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario; c) secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; d) información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; e) información preparada por los sujetos mencionados en el artículo 2 dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquéllos y que se refiera a exámenes de situación, evaluación de sus sistemas de operación o condición de funcionamiento o a prevención o investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos; f) información preparada por asesores jurídicos o abogados de la Administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona el pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; g) cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional; h) notas internas con recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso previo al dictado de un acto administrativo o a la toma de una decisión, que no formen parte de un expediente; i) información referida a datos personales de carácter sensible —en los términos de la ley 25.326— cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada; j) información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona”.

¹⁰ Que incluye en su ámbito de aplicación a “las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las

timada para solicitar información a una organización o sociedad privadas de determinadas características. Este supuesto será objeto de análisis detenido en el presente, pues colisiona, como se verá, con las prescripciones de las leyes 24.065 y 24.076 en lo que hace a prestadoras de servicios públicos en ellas comprendidas.

III. ANÁLISIS

Según vimos hasta aquí, en punto a la información que fluye en los circuitos privado-público, público-privado y privado-privado, en el universo normado por las leyes 24.065 y 24.076 existen previsiones, contenidas en el dec. 1172/2003 que hacen nacer: (i) regulación dual de un mismo supuesto fáctico; (ii) distintos efectos jurídicos para un mismo supuesto fáctico según se trate de uno u otro régimen. Todo ello en un marco general de carencia de un régimen normativo de rango legislativo formal que regule lo relativo al acceso a la información en los cuatro circuitos reseñados.

¿De dónde surgiría esa regulación dual y en ocasiones divergente? Se puede encarar la cuestión desde lo relativo al ámbito de aplicación de uno y otro régimen, para luego realizar una casi obligada comparación.

1. Ámbito de aplicación

El dec. 1172/2003, anexo VII, art. 2, párr. 2, establece que “las disposiciones del presente” —v.gr., “del presente Reglamento”, art. 2, párr. 1, que es el “Reglamento general del acceso a la información pública para el PEN”, pues así se titular el anexo respectivo— se aplican “asimismo a (...) las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado nacional a través de sus jurisdicciones o entidades y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público”. En la transcripción se destacan las empresas privadas adjudicatarias de licencias de servicios públicos y de concesiones de servicios públicos.

Según la literalidad de este artículo, las licenciatarias de servicios públicos de la ley 24.076 y las concesionarias de la ley 24.065¹¹ estarían, en principio, alcanzadas por él y, consecuentemente, alcanzadas por todo el anexo VII.

Ahora, debo destacar que las mentadas licenciatarias y concesionarias de servicios públicos se hallan regladas, desde hace más de dos décadas, por las leyes 24.065 y 24.076, y las específicas disposiciones sobre flujos de información ya reseñados en la sección II, supra, esp. acápite b), c) y d).

Además, a poco que se comparan el régimen de rango legal formal de esas dos leyes y el del anexo del decreto, se detecta no ya dual regulación de iguales supuestos sino franca incompatibilidad. Veamos con mayor detenimiento lo relativo a esta comparación y los extremos que conducirían a esa incompatibilidad:

instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o entidades y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público”.

¹¹ Como se adelantara, se acota el presente al supuesto de “prestación de un servicio público” dada la temática del Congreso en el cual se expusieron estas ideas.

2. Una comparación necesaria

En primer lugar, y según se indicara, el artículo 2 del anexo VII del dec. 1172/2003 incluye, entre los sujetos pasivamente legitimados, a las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos. De tal modo, cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, podría requerirles información bajo ese régimen.

Desde el punto de vista de la política legislativa adoptada, cabe señalar que la *Freedom of Information Act* estadounidense¹² —ley de libertad de información estadounidense— de 1966 alcanza, pasivamente, a las agencias, es decir, órganos y entes de la esfera del Poder Ejecutivo, incluyendo las *independent regulatory agencies* o agencias reguladoras independientes. En ningún lugar de la ley estadounidense se incluye a las *regulated utilities* o industrias reguladas, figuras que son las que más similitud guardan con las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos de nuestro país.

Por su parte, la *Freedom of Information Act* 2000, de Reino Unido, establece la regla de que las prescripciones de dicha ley son aplicables únicamente a las *public authorities* o autoridades públicas¹³. Por ende, se excluye de su ámbito de aplicación a las licenciatarias británicas que configuran *utilities* y, en general, se excluye a toda industria o empresa que no es autoridad pública.

Si bien un White Paper de 1997 propició que el régimen de libertad de información de la ley de 2000 alcanzara a compañías privadas identificables como *public utilities*, él, hasta hoy, nunca prosperó. Es más, la sección 21 de la ley de 2000 exceptúa de sus alcances a la información que está disponible por otros medios: “Podrá haber otros recaudos relevantes, de índole legal, regulatoria o de licencia regulando la devaluación de información comercialmente sensible, haciendo que la información se halle disponible para el requirente por otros medios”. Un ejemplo de tales medios son los medios de acceso a la información reglados en los marcos regulatorios específicos aplicables a las licenciatarias británicas, y así ha opinado el legislador británico. En efecto, para el Parlamento británico, en su evaluación de la ley de 2000 ya sancionada, la inclusión de las empresas que prestan servicios públicos entre los sujetos comprendidos por la ley “debería ser considerada una alternativa de última instancia”, manteniéndose el régimen “contractual” vigente de obligación de dar a conocer información¹⁴. Similar conclusión sobre el alcance restringido de la ley de 2000, a las autoridades públicas únicamente, se advierte también en Escocia¹⁵. Por ende, no están comprendidas, como sujetos pasivos, en la Ley de Libertad de Información 2000 británica, las *utilities*.

Similar espíritu se advierte en la ley 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, restringida, por su art. 1, a los siguientes legitimados pasivos: “cualquier órga-

¹² 5 USC § 552.

¹³ Puede ampliarse, con provecho, para Sudáfrica, Australia y otros estados en AA.VV., *Freedom of Information in Relation to Private Companies*, Comparative law research project prepared for the Hungarian Civil Liberties Union, Oxford Pro Bono Publico, University of Oxford, May 2013, publicado en www.law.ox.ac.uk/news/events_files/2013.5_-_Hungary_Fol_Project_FINAL.pdf (último acceso: 27/7/2014).

¹⁴ Post-legislative scrutiny of the Freedom of Information Act 2000, Justice Committee Contents, 9 § 242, en www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmjust/96/9612.htm (último acceso: 27/7/2014).

¹⁵ AA.VV., *Freedom of Information...*, cit., ps. 11/13.

no perteneciente a la Administración central, descentralizada, de entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias, del Poder Legislativo y del Judicial, en cuanto a su actividad administrativa, y de los demás órganos establecidos en el Libro II de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”¹⁶. De la transcripción surge la exclusión de licenciatarias y concesionarias de servicios públicos.

Por ende, considerando que el modelo regulatorio adoptado en las privatizaciones argentinas fue el británico y el estadounidense¹⁷, la inclusión de concesionarias y licenciatarias de servicios públicos como legitimadas pasivas en el anexo VII del dec. 1172/2003 significa la adopción de una opción legislativa inadecuada, pues deviene en una sobre-regulación posterior y divergente respecto de los regímenes de flujo de información diseñados en las leyes 24.065 y 24.076, repasados en la sección II, establecidos en la ley formal en el marco del contrato regulatorio originariamente acordado entre el concedente y la concesionaria o licenciataria.

En segundo lugar, la forma de interpretar la inclusión de licenciatarias y concesionarias en el anexo VII del dec. 1172/2003 tiene sus propias modulaciones, que hoy posee aristas sujetas a exploración. La Corte Suprema argentina, que ha construido una valiosa jurisprudencia para que la “información en poder del Estado” sea accesible, se ha detenido, en el caso del “PAMI”¹⁸, a considerar, a efectos de hacerle extensiva la legitimación pasiva en el acceso a la información, la “importancia y relevancia” de los intereses públicos gestionados. Por cierto, Prestaciones Asistenciales Médicas Integrales —en rigor, Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados— no guarda ninguna similitud con una licenciataria o concesionaria de servicios públicos. Así, el PAMI, con lo que considero subjetividad marcadamente publicística, gestiona un interés público acompañado de una evidente presencia estatal¹⁹ y se halla exenta del pago del impuesto al valor agregado, del impuesto a las ganancias y del impuesto a los débitos

¹⁶ Se consulta la ley publicada en www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/norma_pop.php?id=982&qu=c&rl=0&rf=0&im=0&menu_id=20908 (último acceso: 27/7/2014).

¹⁷ Cassagne, Juan Carlos, Curso de derecho administrativo, t. II, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 203, modelo anglosajón en materia tarifaria (no en materia de entes reguladores, t. II, p. 192); Bianchi, Alberto B., La regulación económica, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 204 (modelo norteamericano en líneas generales; modelo británico en materia tarifaria); Sacristán, Estela B., “Libertad, regulación y razones para regular”, RAP, Buenos Aires, 2013, nro. 421, ps. 7/28, esp. p. 19 (modelo anglosajón en materia tarifaria).

¹⁸ “Asociación Derechos Civiles v. EN - PAMI - (dto. 1172/03) s/amparo ley 16.986”, Fallos 335: 2393 (2012). Puede ampliarse en Serrano, Gustavo A., “El acceso a la información pública y los entes públicos no estatales”, ReDA 88-1161/1167.

¹⁹ Ver art. 2, ley 19.032, en el cual se define el objeto del instituto: su objeto principal es la prestación —por sí o por terceros— de servicios médicos asistenciales a los jubilados y pensionados. Asimismo, el art. 5 de la citada ley establece que la administración de éste se encuentra a cargo de un directorio integrado por once miembros —un presidente y diez directores— en la cual el Estado se reserva la designación de cinco de sus miembros y que deberán ser nombrados por el Poder Ejecutivo nacional.

y créditos bancarios²⁰. A diferencia de ello, las concesionarias de la ley 24.065 y las licenciatarias de la ley 24.076 son sociedades comerciales privadas que tributan todos esos impuestos y que prestan actividades calificadas como servicio público —es decir, sujetas al máximo de regulación o publicatio²¹—, en la ley formal, art. 1 de las dos leyes citadas, sin perjuicio de otras actividades desreguladas que pueden desarrollar²². Tal extremo conduce —en el plano de las hipótesis— a la improcedencia de hacer extensiva la calificación del legitimado pasivo, efectuada por el Alto Tribunal en “PAMI”, a las concesionarias y licenciatarias de servicios públicos.

En tercer lugar, y en virtud del servicio público que prestan, las licenciatarias y concesionarias no están comprendidas en la regla de acceso a la información del art. 42, primer párrafo, CN, pues él se refiere a relaciones de consumo, que son aquéllas en que el consumidor puede, potencialmente, elegir al prestador o proveedor del bien o servicio. Sí, en cambio, están esas licenciatarias y concesionarias comprendidas en el tercer párrafo del art. 42, CN, que alude a servicios públicos y marcos regulatorios. Por tanto, en el plano subjetivo, la divisoria aludida posee la virtualidad de dejar, en todo caso, al régimen del anexo VII, dec. 1172/2003, y el objetivo de proveer información de su art. 4, en la esfera de las firmas privadas, que proveen bienes o servicios, un mercado, allí se generan relaciones de consumo. Se excluyen del mercado, necesariamente, las prestadoras de servicios públicos, pues no se hallan en un punto de intersección de oferta y demanda (propio del mercado) sino en el marco de un monopolio natural (en el cual es económicamente imposible elegir potencialmente al prestador y generar una relación de consumo)²³.

En cuarto lugar, el art. 9 del anexo VII del dec. 1172/2003 establece un principio de gratuidad: “el acceso público a la información es gratuito en tanto no se requiera su reproducción (...)”. Ello guarda armonía con el adagio de que el Estado siempre es solvente —*fiscus semper solvens*—, con lo que la Administración no podría poner mientes en consideraciones de costos de dar acceso a la información²⁴. Ahora, si hipotéticamente se considerara constitucional la aplicación de ese principio de gratuidad a licenciatarias y

²⁰ Conf. Serrano, Gustavo A., “El acceso a la información pública...”, cit.

²¹ Se conjugan, en este lenguaje, la opinión de Cassagne y la de Bianchi. Según el primero, el vocablo en cuestión —publicatio— es expresión de la decisión, instrumentada en una ley formal, de sujetar una determinada actividad a las potestades administrativas mediante un régimen especial; ver en Cassagne, Juan Carlos, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en Ariño Ortiz, Gaspar - Cassagne, Juan Carlos, Servicios públicos, regulación y renegociación, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, cap. II, p. 62. En cuanto al servicio público como máximo nivel de regulación, tal es la postura de Bianchi, Alberto B., La regulación económica, cit., t. 1, p. 225. Ambas se reflejan en nuestro Régimen de las tarifas de los servicios públicos, Ábaco, Buenos Aires, 2007, caps. I y ss.

²² Puede ampliarse en nuestro “La libertad de industria del concesionario o licenciatario”, en Cassagne, Juan Carlos - Rivero Ysern, Enrique (dirs.), La contratación pública, t. I, Hamurabi, Buenos Aires, 2007, ps. 453/477.

²³ Me permito remitir a Sacristán, Estela B., “Tutela de los usuarios de los servicios públicos: ¿Es la relación de consumo compatible con el servicio público?”, ReDA 78-925/937; y a “Libertad, regulación y razones para regular”, RAP, Buenos Aires, 2013, nro. 421, ps. 7/28, esp. p. 17.

²⁴ No así en punto al procesamiento de dicha información, y ello parece razonable, pues los grados de requerimiento de procesamiento de ésta misma podrían ser infinitos.

concesionarias de servicios públicos, ello originaría una ilegítima exacción de fuente reglamentaria que (i) transgrede el principio del debido proceso sustantivo según el cual las privaciones de la propiedad deben provenir de fuente formal legal y ser indemnizadas (art. 17, CN); (ii) representa un costo que se acumula a los costos derivados de la aplicación, a licenciatarias y concesionarias de servicios públicos, de las medidas de pesificación y congelamiento de tarifas del verano del 2001/2002²⁵; y que (iii) se suma, a su vez, como pasivo, a la manda legislativa de emergencia —de dudosa constitucionalidad— de no poder “suspender o alterar el cumplimiento de (la)s obligaciones”²⁶. La consideración de tales costos —con su efecto erosionante de la propiedad en tanto alteran el equilibrio regulatorio contractual previsto— inclina la balanza hacia la inaplicabilidad del anexo VII del dec. 1172/2003 a las citadas prestadoras de servicios públicos. Idénticas apreciaciones pueden colegirse respecto de lo previsto en el art. 10 del citado anexo VII.

En quinto lugar, surge en forma clara e indubitable de la letra del art. 13 del anexo VII del dec. 1172/2003 el descuido del legislador administrativo al incorporar, en forma incompatible con el resto del ordenamiento jurídico, a las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos entre los legitimados pasivos. Ello pues en ese artículo se dispone que la denegatoria a brindar la información debe ser brindada “por un funcionario de jerarquía equivalente o superior a Director General”. Y es claro que tal previsión normativa carece de simetría con las organización burocrática de las sociedades anónimas privadas, tales las prestadoras de servicios públicos bajo las leyes 24.076 y 24.065, pues ellas no tienen funcionarios, aun cuando pudieran tener “direcciones generales”. De otra parte, si se considerare ajustada a derecho la mención del cargo de “director general”, no se justifica la implícita exclusión del cargo de “director nacional” o el de “director simple”, categorías que pueden coexistir en un mismo organismo²⁷ o, en su caso, la exclusión del órgano “intervención” que pueda haber desplazado al directorio de un ente descentralizado. Por ambas líneas de razonamiento se puede concluir en la inadecuación del artículo en cuestión al supuesto analizado, esto es, el de las licenciatarias y concesionarias de las leyes 24.065 y 24.076, respectivamente.

En sexto lugar, también se advierte incompatibilidad entre la redacción del art. 14 del anexo VII —relativo a la acción de amparo por mora del art. 28, ley 19.549²⁸,

²⁵ Ley 25.561, art. 8.

²⁶ Sobre dicha inconstitucionalidad, puede verse nuestro “Los contratos de prestación de los servicios públicos en la perspectiva constitucional”, RAP, Buenos Aires, 2003, nro. 301, ps. 13/39, esp. p. 32; también reproducido en *Doctrina Pública*, nro. XXVI-1, Buenos Aires, 2004, ps. 557/588.

²⁷ Cfr. dec. 993/1991, art. 44, que prevé las figuras del director nacional, del director general y las direcciones simples: “En los casos de evaluación de directores nacionales y generales, directores, subdirectores y jefes de departamento o jerarquías equivalentes, así como del personal que dependa directamente de una autoridad política, las instancias evaluadoras se determinarán por resolución del secretario de la Función Pública de la Presidencia de la Nación”. A modo de ejemplo, la Dirección Nacional de Migraciones tiene, a su frente, a una Dirección Nacional de Migraciones, y de ella dependen cinco Direcciones Generales, y de cada uno de ellas dependen diversas Direcciones. Ver organigrama provisto por la Secretaría de la Gestión Pública, esp. www.sgp.gov.ar/dno/Descentralizados/ORGANIGRAMAS/MInterior/MIGRACIONES.pdf.

²⁸ Establece dicho art. 28: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando

disponible al requirente que encuentra como respuesta el silencio o una respuesta parcial a su pedido— y la naturaleza jurídica societaria de prestadoras de servicios públicos como las concesionarias y licenciatarias de las leyes 24.065 y 24.076, respectivamente. Estas sociedades anónimas no se hallan incluidas en el art. 1 de la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos²⁹, no son órganos estatales ni entes estatales y su capital es privado, razón por la cual mal podría incoarse contra ellas una acción de amparo por mora —art. 14, citado— por no brindar acceso a la información o brindarlo en forma incompleta. Mucho menos sería aplicable a esas firmas privadas la consecuencia jurídica prevista en el art. 17, dec. 1285/1958³⁰, al cual remite el art. 29, ley 19.549.

En séptimo y último lugar, aun cuando se creyera aplicable el régimen del anexo VII del dec. 1172/2003 a las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos de las leyes del gas y la electricidad, la enumeración de supuestos que excepcionan el deber de informar, bajo dicho anexo, es distinta respecto del régimen preexistente, de rango legal, contenido en las leyes 24.076 y 24.065. Veamos.

El anexo VII del decreto, en su art. 16, consagra la regla de que se detiene el acceso a la información ante “a) (i) información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior; (...) c) secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; d) información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; (...) g) cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional; i) (...) datos personales sensibles según ley 25.326 (Ley de Hábeas Data) (...); j) información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona”.

En cambio, bajo la ley 24.076, art. 52, el Ente tiene competencia para obtener información y darla a conocer en supuestos previstos legislativamente. Así, puede: “o) Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesarios para verificar el cumplimiento de esta ley, su reglamentación y los respectivos términos de las habilitaciones, realizando las inspecciones que al efecto resulten necesarias, con adecuado resguardo de la confidencialidad de información que pueda corresponder de acuerdo a lo dispuesto por la presente ley”; y “p) Publicar informa-

la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”.

²⁹ Cuyo art. 1 establece que las normas de procedimiento se aplicarán “ante la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad”.

³⁰ Reza el art. 17: “Toda falta en que incurran ante los tribunales nacionales funcionarios y empleados dependientes de otros poderes u organismos del Estado nacional o provincial, actuando en su calidad de tales, será puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda”.

ción (...), siempre que con ello no perjudique indebidamente los derechos de terceros”. Similar lenguaje se advierte en el art. 56, incs. n) y ñ), ley 24.065.

A partir de las transcripciones efectuadas puede inferirse que el legislador de las leyes 24.076 y 24.065 quiso que el legitimado activo para pedirle información a la licenciataria legitimada pasiva fuera únicamente el Ente. El Ente, a su vez, puede publicar esa información, con las limitaciones transcritas. Un ejemplo de publicación de información alojada en la licenciataria, requerida por el Ente y dada conocer por éste, es la información sobre Solicitudes de Subsidios o Registro de Exceptuados bajo la res. 2905/2014 del órgano interventor del ENaRGas.

En esta línea de análisis podemos preguntarnos, además: ¿será dato sensible la enfermedad que el particular declara bajo la res. 2905/2014 para solicitar mantenerse en el subsidio?; ¿cómo hace la licenciataria para velar por el tratamiento sensible (art. 2, Ley de Hábeas Data) de ese dato, que posee y que retransmite al Ente, y que un tercero podría querer acceder, bajo el dec. 1172/2003, en búsqueda de información sobre subsidiados?; ¿es sensible ese dato?; ¿convierte ello al ente regulador en administrador de una base de datos de las regladas en el art. 21 y concordantes de la ley 25.326 de Hábeas Data? Este último extremo no es de menor importancia, especialmente si se considera la calificación de la información cosechada por el ente, emanada de la licenciataria o concesionaria, como mera “información” pública —o, en su caso, privada, protegible bajo los artículos transcritos de las leyes 24.065 y 24.076— o como “datos” personales y, en su caso, sensibles —protegibles bajo la Ley de Hábeas Data—.

De lo dicho se infiere que los marcos regulatorios, leyes 24.065 y 24.076, con prudente criterio, establecieron un único legitimado activo para requerir información a las licenciatarias y concesionarias para formular un juicio de legitimidad de la publicación (con los límites de confidencialidad y no perjuicio a terceros, fórmula de aparente mayor amplitud que la del anexo VII), y para disponer la publicación. Todo ello con base en su expertise o elevada especialización y su prudente apreciación de las limitaciones fijadas en la ley formal: confidencialidad y no perjuicio a terceros.

IV. REFLEXIONES FINALES

A principios de 2004, y como me permitiera expresar al comienzo de estos párrafos, se anunciaba el dictado del dec. 1172/2003 como “la sanción de una nueva ley”³¹. Ello, de cara a los órganos constitucionales Poder Ejecutivo y Poder Legislativo y a la información en ellos alojada, es hoy una realidad: la jurisprudencia ha sido, en general, sanamente republicana. Después de todo, se trata de casos resueltos en sede judicial que involucran fondos públicos³², sin perjuicio del precedente “PAMI”, ya citado³³.

El caso del acceso a la información de las licenciatarias y concesionarias de las leyes 24.065 y 24.076 configura un supuesto que evidencia asperezas insalvables

³¹ Cicero, Nidia K., “La reglamentación...”, cit.

³² Ver, a modo de ejemplo, los enumerados en nuestro “Aspectos contencioso administrativos...”, cit., ps. 709/751, así como los posteriores, “PAMI”, cit. nro. 18, así como C. 830. XLVI. REX, 26/03/2014, “CIPPEC v. EN M. Desarrollo Social. Dto. 1172/03 s/amparo ley 16.986 - acceso a la información pública”.

³³ Ver nota 20.

en punto a la inclusión de ellas como legitimadas pasivas en el anexo VII del dec. 1172/2003. Ello se torna evidente, ora desde los cánones del derecho administrativo más ortodoxo en materia de competencia reglamentaria, ora en relación al deber republicano de motivar los actos, o desde el derecho comparado.

1. La competencia reglamentaria ejercida en el Anexo VII del dec. 1172/2003

Las incompatibilidades apuntadas sirven como base para deducir, al menos:

1. que se trata de un supuesto de acceso a información que no mora en el reglón de las relaciones de consumo sino en el de las relaciones de servicio público o del máximo de regulación³⁴;

2. los rangos normativos involucrados —legal formal, leyes 24.065 y 24.076, y legal sustancial o reglamentario, anexo VII, dec. 1172/2003, reglamento autónomo y de ejecución— propician la preeminencia de aquellas leyes formales por sobre este reglamento autónomo y de ejecución: la jurisprudencia ha fijado el criterio de que las prerrogativas ejercidas al dictarse los decretos autónomos no tienen rango de ley formal³⁵ y que los reglamentos de ejecución no pueden modificar los fines y sentido de la ley formal reglamentada³⁶;

³⁴ Acerca de la noción de servicio público como máximo grado de regulación, Bianchi, Alberto B., *La regulación...*, cit., t. 1, p. 225.

³⁵ En general: C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 9/5/1989, “Hermida, Oscar y otros v. Estado Nacional (Mrio. de Educ. y Justicia) s/cobro”, Infojus FA89100210: “Aun cuando se considerare que el decreto 3516/1984 fuera de aquellos reglamentos autónomos mediante los cuales el Poder Ejecutivo se encuentra autorizado a ejercer facultades legislativas materiales, ha mediado un exceso por parte del presidente de la República, toda vez que ya el Congreso había ejercido la prerrogativa en tanto no puede sostenerse que ella sea exclusiva del Poder Ejecutivo. Ejercida por aquél la atribución, éste queda inhibido de modificar o derogar las decisiones adoptadas por el órgano que constitucionalmente le es superior en materia legislativa”. En materia tributaria: “Jurado Golf S.A v. EN - DGA- resol. 433/07 (ADEZ) s/Dirección General de Aduanas, Fallos 334:1198 (2011), con remisión al dictamen de la Procuración General: “Cabe revocar la sentencia que confirmó lo decidido por la Dirección Nacional de Aduanas al rechazar la solicitud de devolución de lo pagado en dólares por la actora en virtud del factor de convergencia establecido por el decreto 803/2001 —régimen transitorio para comercio exterior—, al realizar la importación para consumo documentada, pues no puede sostenerse que tal contribución goce de cobertura legal suficiente, ya que la ley 24.425 —invocada en los ‘vistos’ del decreto— no crea detracción patrimonial coactiva alguna ni autoriza su creación, y tampoco ello está contemplado en la órbita competencial habilitada para el Poder Ejecutivo Nacional por el inc. 1 del art. 99 de la Constitución Nacional”.

³⁶ “Toda reglamentación debe subordinarse a la ley reglamentada”, conf. “Molina, Carlos A.”, Fallos 207: 159 (1947). Más recientemente: “La potestad reglamentaria habilita para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador de una manera expresa, cuando se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que ésta”, “Gianola, Raúl A. y otros v. Estado Nacional y otros”, Fallos 330:2255 (2007), con remisión al dictamen de la Procuración General que había opinado que “el mencionado decreto es reglamentario de la ley 11.683 y participa de la categoría de los reglamentos de ejecución, sobre los que V.E. ha se-

3. igual preeminencia de la ley formal por sobre el reglamento se deduce de la aplicación de la jurisprudencia que dice que los reglamentos dictados por invocación simultánea de los arts. 99, inc. 1, y 99, inc. 2, CN, son preponderantemente de ejecución³⁷, y éstos deben sujetarse, como se vio, a la ley formal³⁸;

4. no procede la aplicación al caso estudiado del principio según el cual la ley posterior deroga la anterior, pues se estaría ante una ausencia de paralelismo entre leyes formales anteriores (leyes 24.065 y 24.076) y una norma de rango inferior —según se vio en el párrafo precedente, 3.—, en la especie, decreto autónomo y de ejecución posterior (dec. 1172/2003).

2. El deber de motivar las decisiones. Una inclusión infundada

A ello se suma, en el renglón de la motivación o deber de dar razones de las decisiones, que el legislador administrativo, en los considerandos del dec. 1172/2003, omitió fundar su opción por incluir a las empresas licenciatarias y concesionarias de servicios públicos entre los legitimados pasivos del anexo VII. En rigor, se limitó a invocar: “el principio de publicidad de los actos de gobierno y el derecho de acceso a la información pública”, de raigambre constitucional (consid. 1), el fortalecimiento de “la relación entre el Estado y la sociedad civil (...) para desarrollar una democracia legítima, transparente y eficiente” (consid. 2); “la transparencia de los actos de gobierno” y “la participación (...) en los procesos decisorios de la Administración” (consid. 3); el control de “la corrupción”, la “eficiencia de las instancias gubernamentales” y la mejora de “la calidad de vida de las personas” (consid. 4); “el máximo flujo informativo entre los actores sociales y sus autoridades a fin de asegurar el ejercicio responsable del poder” (consid. 11). Todas estas consideraciones se refieren al gobierno o a los entes y órganos estatales. Colocar a las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos junto con los órganos y entes estatales equivaldría a convertirlas en ministerios o secretarías o entes autárquicos.

ñalado que no vulneran el principio establecido en el art. 99, inc. 2), de la Constitución Nacional, los que se expiden para la mejor ejecución de las leyes, cuando la norma de grado inferior mantenga inalterables los fines y el sentido con que la ley haya sido sancionada (Fallos 318:1707), así como que la potestad reglamentaria habilita para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador de una manera expresa, cuando se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que ésta (Fallos 325:645)”. Similar opinión de la Procuración General puede verse en “Jesús Eijo S.A (TF 9292-A) v. DGA”, Fallos 328:43 (2005). Puede verse, asimismo, “Craviotto, Gerardo A. y otros v. Estado Nacional - PEN - M. de Justicia de la Nación s/empleo público”, Fallos 322:752 (1999), en el cual se consideró que “si la ley que es objeto de reglamentación no derogó una norma de igual rango, el decreto reglamentario dictado por el Poder Ejecutivo, no puede hacerlo, sin exceder su potestad reglamentaria, en violación del inc. 2 del art. 99 de la Constitución Nacional”.

³⁷ Conf. C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, causa 23032/1999, “Acosta, Aída v. Mrio. T. y SS - PPP - Dto. 395/1992 s/proceso de conocimiento”, del 27/11/2007, voto del juez Coviello, consid. VIII.

³⁸ Ver nota 38.

Es más, el único considerando que —podría argüirse— alude, específicamente, al acceso a la información, es el 9, y allí se omite toda motivación o fundamentación de la inclusión de las licenciatarias y concesionarias de un servicio público.

En efecto, en el consid. 9 se expresa: “(A) efectos de institucionalizar los instrumentos de las audiencias públicas, el registro de la gestión de intereses, la elaboración participativa de normas, el libre acceso a la información pública y las reuniones abiertas, se hace necesario establecer, para cada uno de ellos, un procedimiento común al universo de organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione en jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional”. Las mentadas licenciatarias y concesionarias tratadas en estos párrafos, v.gr., las de las leyes 24.065 y 24.076, son sociedades comerciales que en modo alguno pueden ser consideradas órganos o entes estatales. De todo ello se colige la ausencia de motivación en el aspecto apuntado.

3. El derecho comparado

La conclusión a la que se puede arribar, entonces, en la confluencia de normas estudiadas, es que se adoptó una opción —incluir a las prestadoras de servicios públicos en el ámbito del dec. 1172/2003— en forma no fundada o motivada. Y, además, esa opción se adoptó sin motivarse el apartamiento de lo que el derecho comparado propiciaba.

Ello, en especial, en lo relativo a: (i) cuál había sido el modelo adoptado al sancionarse las leyes 24.065 y 24.076, v.gr., el estadounidense en punto a la arquitectura de los entes reguladores y en materia regulatoria en general, y el británico en materia de entes reguladores y tarifas; (ii) cuál había sido la historia posterior a la sanción de la FOIA estadounidense y de la Freedom of Information Act 2000 británica, las cuales, al presente, nunca incluyeron a las *public utilities* entre sus legitimados pasivos.

Lo dicho puede afirmarse sin perjuicio de la otra asimetría, ya apuntada, en la sección III.1, supra.

V. EN CONCLUSIÓN

Leer el anexo VII del dec. 1172/2003, dando por no existente la inclusión de licenciatarias y concesionarias de servicios públicos, a la luz de las específicas incompatibilidades y omisiones enumeradas, brinda un igual resultado sin causar daño al ordenamiento regulatorio, constitucional e institucional, pues rigen las disposiciones de las leyes 24.065 y 24.076.

La única particularidad que ofrece optar por el régimen originario de acceso a la información para usuarios del servicio público previsto en esas dos leyes —haciendo caso omiso de la inclusión de licenciatarias y concesionarias en el dec. 1172/2003, anexo VII— es que el legitimado pasivo será el ente regulador, quien habrá, previamente, recabado información de las licenciatarias o concesionarias, y la hará pública por manda legal con los férreos límites fijados por el Congreso.

Julio Comadira enseñaba que había que informarse para poder participar³⁹. Eso fue tenido en cuenta por el Congreso en la redacción de las leyes del gas y de la electricidad:

³⁹ Comadira, Julio R., “El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y la selección de autoridades públicas)”, ED Administrativo 2005- 400/428, esp. p. 401.

allí se previó, además de un régimen de acceso a la información recabada por el ente regulador, un régimen de participación de los usuarios en los supuestos previstos, por ejemplo, en materia de inversiones. Se formó así un circuito de información accesible y disponible a efectos de la participación en la formación de la decisión del regulador. Todo ello sin perjuicio de información que el propio licenciatario o concesionario debe poner a disposición por mandato legal en los supuestos previstos en la ley. Ello, a efectos de que se logre acceso a información para participar, participación que se concretaría, por ejemplo, en una audiencia pública en materia tarifaria⁴⁰, o en el marco de una *open season*⁴¹.

Es a la luz de tal principio —informarse para participar, bajo las leyes vigentes, 24.065 y 24.076— que deberían, en última instancia, ser interpretadas las diversas normas del anexo VII, dec. 1172/2003 en lo que hace a su ciega e hipotética aplicación a licenciatarias y concesionarias. Pero si ese principio data de leyes concomitantes con el otorgamiento de las licencias o concesiones como las aludidas en este trabajo, v.gr., leyes 24.065 y 24.076, no se advierte la razón para inaplicarlas, para hacer prevalecer una desafortunada inclusión de legitimados pasivos —v.gr., las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos— en el anexo VII citado.

Más allá de ello, toda la información que el ente recabe de las licenciatarias o concesionarias estará sujeta a las amplias limitaciones y protecciones que los marcos regulatorios —leyes 24.065 y 24.076— establecen, remitiendo, a su vez y en su caso, a las leyes específicas que velen por la protección de cierta clase de datos.

A modo de última reflexión, si hay que informarse para participar, se advierte hoy un déficit en la legitimidad democrática de los órganos máximos de entes reguladores: intervenidos o con nuevos directorios políticamente designados. Derramar legitimidad democrática sobre ellos seguramente propiciará más participación y la búsqueda de información en quien está legalmente investido para recabarla —de las licenciatarias y concesionarias— bajo la normativa vigente (leyes 24.065 y 24.076), y publicarla —v.gr., el ente regulador—.

De tal modo, restringamos el universo de legitimados pasivos, bajo el anexo VII del 1172/2003, a la esfera de las autoridades públicas, órganos y entes de la administración. Después de todo, “El hombre exige, además, por derecho natural el debido respeto a su persona, la buena reputación social, la posibilidad de buscar la verdad libremente y, dentro de los límites del orden moral y del bien común, manifestar y difundir sus opiniones y ejercer una profesión cualquiera, y, finalmente, disponer de una información objetiva de los sucesos públicos”⁴². Y la vida de una sociedad comercial dedicada a la prestación de servicios públicos como el transporte y distribución de gas o de electricidad nunca será tan pública como la de un ministerio o ente autárquico; y si lo fuera, lo será en la medida de aquella información que, con prudente criterio, el respectivo ente regulador recabará y dará a conocer bajo la manda legal prevista en la ley formal que lo crea y regula, sin perjudicar a terceros y velando por aquella que sea confidencial o protegible por otras razones de fuente legal.

⁴⁰ Ampliar en Bianchi, Alberto B., *La regulación...*, cit., t. I, p. 276; y en nuestro Régimen de las tarifas..., cit., ps. 306 y 338.

⁴¹ Puede verse nuestro “Open seasons en la actividad de transporte de gas. Importancia de los contratos en firme y su crisis”, RADEHM - Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, Ábaco, Buenos Aires, 2014, nro. 1, ps. 35/61.

⁴² Pacem in Terris, § 12.

