

**LA CONSTITUCIÓN REFORMADA
Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS**

**ALBERTO RICARDO DALLA VIA
ALBERTO MANUEL GARCÍA LEMA**

Directores

NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS

Tomo II

JORGE ALEJANDRO AMAYA – MARCELA I. BASTERRA – PAMELA BISSERIER DÍAZ
LORENA ESTARELLAS – ILEANA FRAQUELLI – EMILIO A. IBARLUCÍA
MARCELO A. LÓPEZ ALFONSÍN – OSVALDO A. PÉREZ SAMMARTINO
ESTELA B. SACRISTÁN

MARCELA CARINA ABRIGO
(Coordinadora)



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

LA CONSTITUCIÓN REFORMADA
Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS

ALBERTO RICARDO DALLA VIA
ALBERTO MANUEL GARCÍA LEMA
Directores

NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS

Tomo II

AUTORES

JORGE ALEJANDRO AMAYA – MARCELA I. BASTERRA – PAMELA BISSERIER DÍAZ
LORENA ESTARELLAS – ILEANA FRAQUELLI – EMILIO A. IBARLUCÍA
MARCELO A. LÓPEZ ALFONSÍN – OSVALDO A. PÉREZ SAMMARTINO
ESTELA B. SACRISTÁN

MARCELA CARINA ABRIGO
Coordinadora

DOCUMENTALISTAS

JAVIER AYALA RICARDO ROVNER
GUSTAVO MASON ANA VALLE

**FUERA DE
COMERCIO**

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 – Tel. (0342) 455-5520 – S3000CMV Santa Fe

IX.B

LOS MARCOS REGULATORIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ARTÍCULO 42 DE LA CONSTITUCIÓN

por ESTELA B. SACRISTÁN¹

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Objetivo de este trabajo. Delimitaciones. Plan de exposición. 1.2. Libertad de industria. Mercado. Competencia. Monopolio. 1.3. Monopolio y regulación. 1.4. Marco regulatorio. Servicio público. Efectos de la *publicatio*. 1.5. El ente regulador. 1.6. Prestación privada del servicio público. 2. Desarrollo. 2.1. Los marcos regulatorios de los servicios públicos del artículo 42 de la Constitución Nacional. 2.2. Enumeración. 2.3. Acerca de la enumeración. 2.4. Un marco regulatorio modelo. 2.5. Caracterización. Competencias. Vinculación con los usuarios. 2.6. El enclave constitucional. 2.7. Tarifas. 2.8. Inversiones. 2.9. Alguna reflexión adicional. 2.10. Otros marcos regulatorios. 3. Conclusiones. 3.1. Una postura minimalista. 3.2. Prestación estatal del servicio público. 3.3. Reflexiones finales.

1. Introducción

1.1. *Objetivo de este trabajo. Delimitaciones. Plan de exposición*

Esta obra colectiva trata acerca de las denominadas "leyes constitucionales", esto es, las distintas leyes que operan como leyes reglamentarias de las diversas cláusulas constitucionales. La misma se halla acotada a las leyes que reglamentan las cláusulas de la Constitución

¹ Abogada (UMSA, 1992), Especialista en Derecho Administrativo-Económico (UCA, 1998), Doctora en Derecho (UBA, 2006).

Nacional, ubicadas en la primera parte de ésta, que fueran alcanzadas por la reforma constitucional de 1994.

Una de las cláusulas emergentes de dicha reforma es el artículo 42 de la Constitución Nacional. El texto constitucional trae aparejado el estudio de las Leyes 24.240 de Protección del Consumidor; 22.802 de Lealtad Comercial, y 25.156 de Defensa de la Competencia. En el capítulo precedente el doctor Alejandro Amaya se ha referido, con su conocida solvencia, a estas tres leyes. Por ende, quedan para este capítulo los denominados "marcos regulatorios de los servicios públicos" emergentes del texto del precitado artículo, muchos de los cuales ya tenían vida propia desde antes de 1994². En ellos se centra este capítulo. Y cabe adelantar que en él no se hará referencia solamente a "leyes", sino que será necesario aludir también a otra normativa de rango infralegal e incluso a previsiones de contenido convencional o contractual.

El plan de exposición es el siguiente: en la introducción, a los fines de un adecuado acercamiento al tema, se repasa el articulado constitucional en lo relativo a la libertad, la libertad de industria, el mercado, la competencia y el monopolio (1.2), y luego se recuerda la justificación de la regulación en el monopolio (1.3), conjugándose la noción de marco regulatorio de un servicio público con la noción de *publicatio* o calificación de servicio público (1.4), y con la de ente regulador (1.5), restringiéndose la exposición a los servicios públicos prestados por concesionarias o licenciatarias privadas (1.6).

En el desarrollo se efectúa una delimitación de los marcos regulatorios comprendidos (2.1, 2.2 y 2.3), y, dado el bagaje comprendido, se justifica la opción de detenerse en un marco regulatorio que puede ser considerado prototípico (2.4), y que es objeto de somera descripción en cuanto a su organización (2.5). Así, apelando al eje del artículo 42, esto es, la eficiencia consagrada constitucionalmente (2.6),

² "La incorporación del art. 42, Const. Nac. en 1994 se efectuó cuando las prestaciones de los servicios públicos en la República Argentina atravesaban una profunda transformación a raíz del proceso de privatizaciones de múltiples actividades, hasta entonces en manos del Estado", explica GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 475.

ese marco re;
como en la a
oportunament
(2.7) e inversi
luativa (2.9).
otros de los p
eje conductor.

Finalmente
nera el sisterr
amplia que co
vicio público

1.2. Libertad

La Constiti
gún reza su P
está basado se
didas en el ar
libertad de in
tiendo que el
a los derechos-
es esencialmer
zonabilidad⁷, p

³ El punto es
Ciencia del Dere
donde se refiere a

⁴ Basado en la
según enseña BA
ampl., La Ley, Bu

⁵ En efecto, l
Nación gozan de
ejercicio; a saber:
Nac., fija la máxi
ni privado de lo c

⁶ En este sent
la Constitución h
Ediar, Buenos Air

⁷ Arts. 14 y 2

ese marco regulatorio es visualizado, tanto en su forma originaria como en la actualidad, a través del medio por el cual el legislador oportunamente aseguró esa manda de eficiencia: el régimen de tarifas (2.7) e inversiones (2.8), formulándose alguna reflexión adicional evaluativa (2.9). También se detalla, en forma sintética, lo relativo a otros de los principales servicios públicos (2.10) dentro del mismo eje conductor.

Finalmente se esbozan las conclusiones, en el microclima que genera el sistema tarifas-inversiones (3.1) y desde la perspectiva más amplia que contempla la prestación no ya privada sino estatal del servicio público (3.2), sumándose un par de reflexiones finales (3.3).

1.2. Libertad de industria. Mercado. Competencia. Monopolio

La Constitución Nacional asegura los beneficios de la libertad, según reza su Preámbulo³; y el sistema económico de la Constitución está basado sobre la libertad⁴. Por ello, las específicas industrias aludidas en el artículo 14 de la Constitución Nacional, al referirse a la *libertad de industria*, son ejercidas en un marco de libertad⁵. Admitiendo que el articulado de la Constitución presupone a la libertad —y a los derechos— como eje mínimo⁶, se sigue que esa libertad de industria es esencialmente reglamentable dentro de los límites que deja la razonabilidad⁷, por específica previsión del constituyente.

³ El punto es destacado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, t. 4, p. 104, donde se refiere a la “institucionalización de la libertad en la Constitución Nacional”, con cita de María Álvarez de Schuster, *Fallos*: 191:388 (1941).

⁴ Basado en la libertad, así como sobre el reconocimiento de la propiedad privada, según enseña BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 862.

⁵ En efecto, el art. 14, Const. Nac., establece que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...”, y el art. 19, Const. Nac., fija la máxima de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

⁶ En este sentido, BIDART CAMPOS, Germán, *¿El modelo socioeconómico de la Constitución habilita poderes?*, en *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999, ps. 83/85, esp. p. 83.

⁷ Arts. 14 y 28, Const. Nac.

Esas actividades se desarrollan en un *mercado* cuya existencia es también reconocida por la Norma Fundamental, pues el artículo 42 de la Constitución Nacional alude a dicho instituto al referirse a las "distorsiones del mercado"⁸. Esto no significa que la Constitución quiera hacer del país un mercado, al decir de Alberdi⁹; no parece haber sido ésa la inspiración del constituyente histórico; sólo significa que, si se define "mercado" como "punto de reunión de la oferta con la demanda"¹⁰, nada impide que las mentadas industrias se desarrollen, en libertad, en ese punto de encuentro. Allí se generan los precios de mercado, que ya Alberdi conocía bien¹¹.

La existencia de ese mercado depara, por su parte, una natural *competencia* entre quienes son sus actores: las firmas compiten entre sí por ingresar al mercado y mantenerse en él; ese ingreso y esa permanencia son esencialmente libres, sólo reglamentables dentro de los límites de la razonabilidad (arts. 42 y 28, Const. Nac.).

De tal modo, estos tres conceptos –libertad de industria, mercado, competencia– nacen en un contexto de libertad constitucional y se hallan consagrados en forma expresa en la Norma Máxima: el primero, por obra del constituyente histórico de 1853/60; los otros dos, por obra de la reforma constitucional de 1994, si bien la noción de mercado ya aparecía en la obra alberdiana¹², así como la de competencia¹³.

Típicas formas de distorsión del libre mercado es el monopolio, esto es, aquella situación de competencia imperfecta donde hay un único productor en una industria y no existen otras que produzcan

⁸ En igual sentido, BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 92.

⁹ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, 2ª ed., Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1979, p. 116.

¹⁰ DALLA VIA, Alberto R., *Derecho Constitucional Económico*, 2ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 526, y sus citas.

¹¹ ALBERDI, *Sistema económico...* cit., p. 264: "aunque los precios no sean obra del gobierno sino del mercado..."

¹² Ídem notas 9 y 11.

¹³ ALBERDI, *Sistema económico...* cit., p. 72, donde se alude a "un ejército de competidores".

bienes sustitua
la ley no proh
dominante en

Ahora, co
como situació
–monopolios a
por decisión e
un laboratorio
patente, que le
cierto número
Estado y com
negocio adqui
firma presta u
antieconómico

Los último
legal y del mor
mismo, que hoy
en el artículo 4
rales y legales
presente nos ir
que se prestan
xistencia de div
o bien son dispu
plazo como fon
nopolio legal o
inc. 18, Const.
partir del pensa
compañera del 1

¹⁴ SAMUELSO
McGraw-Hill, Mad

¹⁵ Ampliar en
donde cita el caso

¹⁶ Ver ALBERDI
capitales en ferrocarril
como el nuestro, qu
para pagar tamaños

bienes sustitutivos¹⁴. En Argentina, y en lo que aquí interesa destacar, la ley no prohíbe el monopolio, sino que sanciona el abuso de posición dominante en el mercado¹⁵.

Ahora, como enseguida se verá, hay monopolios que no nacen como situación de competencia imperfecta dentro de un libre mercado —monopolios a combatir mediante las respectivas leyes—, sino que nacen por decisión estatal, asociados a industrias o actividades particulares: un laboratorio farmacológico descubre una nueva droga y recibe una patente, que le da el control monopolístico del medicamento durante cierto número de años; una firma presta un servicio que prestaba el Estado y como contrapartida de parte del precio de adquisición del negocio adquiere una exclusividad por cierto número de años; una firma presta un servicio, para el cual no hay competidores pues es antieconómico que los haya.

Los últimos dos supuestos comprenden la figura del monopolio legal y del monopolio natural, reconocidos y establecidos por el Estado mismo, que hoy tienen vida propia al mencionárselos en forma expresa en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Esos monopolios naturales y legales son dispuestos por decisión estatal, y a los efectos del presente nos interesan aquellos monopolios que hacen a actividades que se prestan mediante una red tal que resulta antieconómica la coexistencia de diversas redes en libre competencia (monopolio natural), o bien son dispuestos bajo el ropaje de exclusividad por un determinado plazo como forma de hacer viable el negocio para los inversores (monopolio legal o exclusividad) bajo la cláusula de la prosperidad (art. 75, inc. 18, Const. Nac.). La exclusividad pudo haber sido imaginada a partir del pensamiento alberdiano, si se entiende, por tal concepto, una compañera del riesgo¹⁶. El monopolio natural, en cambio, es una con-

¹⁴ SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., *Economía*, 16ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 161.

¹⁵ Ampliar en BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional* cit., t. I, p. 871, donde cita el caso "YPF", *Fallos*: 325:1702 (2002).

¹⁶ Ver ALBERDI, *Sistema económico...* cit., p. 132: "La colocación de grandes capitales en ferrocarriles [...] corren riesgos tan multiplicados y frecuentes, en países como el nuestro, que no hay compensación ni premio de seguro que no sea pequeño para pagar tamaños riesgos".

cepción más moderna, y significa que es ineficiente o antieconómico que haya más de un proveedor del servicio o que haya redes yuxtapuestas de proveedores diversos del mismo servicio. Las licenciatarias del servicio básico telefónico (telefonía fija) gozaron de exclusividad o monopolio legal en Argentina hasta noviembre del año 2000 (y aun así para ese entonces habían comenzado a competir con la telefonía celular), pues en esas condiciones se había efectuado la respectiva licitación internacional; la proveedora del servicio de agua y cloacas del área metropolitana o el transporte de gas son típicos ejemplos de monopolios naturales¹⁷.

1.3. Monopolio y regulación

De acuerdo con lo dicho, las actividades industriales del mundo privado se desarrollan en el ámbito de libertad ya aludido, en un marco de "libertad de mercado"; esas actividades sufren los efectos de la intervención estatal, sea bajo forma de reglamentación de los derechos, sea como poder de policía, sea por regulación económica, con el ya mencionado "techo" de razonabilidad (art. 28, Const. Nac.).

Mas existen otras actividades, desarrolladas por firmas privadas, que conllevan, desde el punto de vista económico, operar como único prestador por resultar ineficiente la competencia (monopolio natural), o bien operar como único prestador por razones legales (monopolio legal o exclusividad). Ambas organizaciones se originan en una decisión estatal, si bien en el caso del monopolio natural la respectiva decisión estatal no hace sino tornar concreta a una realidad económica (hay industrias en las que la forma más eficiente de organizarlas es estableciendo un único prestador)¹⁸. Es el monopolio así erigido, sea

¹⁷ Ampliar en GUESTRIN, Sergio G., *Fundamentos para un nuevo análisis económico del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, ps. 184/185. Algunos autores, como por ej., Benegas Lynch, entienden que servicios como los alcantarillados, cloacas, subterráneos, ferrocarriles, constituirían *monopolios técnicos*, señalando que, en esencia, todos ellos se reducirán a la figura de *monopolio legal* o de *monopolio natural*, por lo que la figura de *monopolio técnico* no aparece como de naturaleza distinta de la de aquéllos (ver BENEGAS LYNCH (h), Alberto, *Fundamentos de análisis económico*, 11ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 204/205).

¹⁸ SAMUELSON y NORDHAUS, *Economía* cit., p. 313.

natural o legal, la regulación es "al mercado",

1.4. Marco regulatorio

Esa posición respecto a una serie de actividades industriales que se halla inserta

Aquí se responde a una serie de actividades industriales que se halla inserta dentro del marco regulatorio es 24.065 (cuyo texto fue modificado por la ley 15.336, e interpretada por las normas²¹.

¹⁹ AGUILA, *Acto administrativo*, Facultad de Der

²⁰ Se conjuga con el verbo *administra*. Según la decisión, instruida por el Sr. Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, Sr. Carlos Ortiz, Gaspar Ortiz, *Lexis*, pública como *monopolio natural*, *Ábaco*

²¹ Ampliar en

natural o legalmente, el que ha justificado, tradicionalmente, la intensa regulación estatal. Y esa intensa regulación estatal "viene a sustituir al mercado", como puntualiza claramente Aguilar Valdez¹⁹. Veamos.

1.4. Marco regulatorio. Servicio público. Efectos de la "publicatio"

Esa posición monopólica, por decisión estatal, lleva a que las respectivas industrias se hallen bajo una suerte de lupa oficial, sometidas a una serie de previsiones regulatorias de distinta fuente –legal, contractual– que conforma un *marco regulatorio*, y es por ello que puede decirse que la razón de ser de esos marcos regulatorios, o la razón de ser de esa regulación, es el monopolio natural o legal en el que se halla inserta la firma prestadora.

Aquí resulta de interés introducir el concepto de *marco regulatorio de un servicio público*, verbigracia, los marcos regulatorios, pues corresponden a actividades calificadas previamente como servicio público, calificación que recibe el nombre de *publicatio* y que, por decirlo en términos sencillos, significa colocar a una actividad o industria dentro del grado máximo de regulación²⁰. Un ejemplo de marco regulatorio es el correspondiente al sector eléctrico, y abarca la ley 24.065 (cuyo art. 1º caracteriza como servicio público el transporte y distribución de electricidad), su decreto reglamentario 1398/92, la ley 15.336, el decreto 186/95, los contratos de concesión oportunamente celebrados, el reglamento de suministro, entre otras muchas normas²¹.

¹⁹ AGUILAR VALDEZ, Oscar, *El acto administrativo regulatorio*, en AA. VV., *Acto administrativo y reglamento*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2002, ps. 433/472, esp. p. 438.

²⁰ Se conjugan, en esta propuesta interpretativa, 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 y 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, ver BIANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, t. 1, p. 225.

²¹ Ampliar en DALLA VIA, *Derecho Constitucional Económico* cit., ps. 737/738.

Otros marcos regulatorios podrán reglar o reglamentar actividades que no son servicio público, y ellos son ajenos a los marcos regulatorios de los servicios públicos aludidos en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que hacen a actividades caracterizadas por contar con previa *publicatio*. En esta postura, son ajenas a la noción de marco regulatorio de un servicio público las reglamentaciones aplicables a la actividad de generación eléctrica o de la producción de gas, que no son servicio público, pues no han sido calificadas así en las respectivas leyes²²; como también son ajenas a aquélla las reglamentaciones que gobiernan la actividad bancaria, la sanidad animal, o el régimen antidoping, entre otros muchos ejemplos. Estas últimas son regulaciones, reglamentaciones, que podrán integrar un marco regulatorio, pero no conformarán un "marco regulatorio de un servicio público" de los mentados en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Por ende, un servicio público tendrá marco regulatorio, pero no todo marco regulatorio corresponderá a un servicio público: habrá que verificar si el legislador efectuó la respectiva declaración (*publicatio*)²³. Dicha calificación, en lo sustancial, debe estar gobernada por la razonabilidad²⁴, y viene acompañada de dos caracteres esenciales más: (i) la obligatoriedad en la prestación del servicio; (ii) y el cobro de un precio regulado denominado *tarifa*.

Dicha obligatoriedad debe ponerse de resalto, y para justificar tal aserto, repárese en lo que ocurre con el transporte de gas: existe un servicio público de transporte de gas (art. 1º, ley 24.076); mas, si ese transporte se contrata bajo la modalidad interrumpible, a un precio más conveniente, no habrá servicio público sino mera actividad regulable o reglamentable pues la ley 24.076, en su artículo 24, sólo obliga al transportista y al distribuidor a "asegurar el gas no interrumpible" o residencial; por ende, el servicio público, calificado tal,

²² Ver art. 1º, leyes 24.065 y 24.076. Cfr. PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Renegociación de contratos públicos*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 61/64.

²³ Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos (Estela B Sacristán, colab.), *El contrato administrativo*, 2ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 181 y ss.

²⁴ La *publicatio* debe ser una decisión legislativa razonable, so riesgo de inconstitucionalidad, como destaca GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. VI-7.

sujeto a prestación interrumpible, no

1.5. El ente reg

El especialis regulatorio es e Así, de acuerdo lificación de ser habrá servicio p ser considerado servicio público, bio, nadie dudar el servicio públ esfera del Ente)

Finalmente, (únicamente a la reglamentará, de por él reguladas ejemplo, el Enarq a las firmas licer a las firmas licer distribución de g actividad libre (e regulación o regla (art. 28, Const. N

Aquí se prod notable relevanci público puede pr nabilidad por im se presume regula de la Constituci (dentro de la razi es importante, y (

²⁵ En este sentido público (*aportes para* 2005, N° 53, ps. 499

sujeto a prestación obligatoria, a la luz de la ley 24.076, es el ininterrumpible, no el interrumpible²⁵.

1.5. El ente regulador

El especialista en la aplicación, a la firma regulada, del marco regulatorio es el *ente regulador* del servicio público de que se trate. Así, de acuerdo con lo dicho, habrá ente regulador cuando medie calificación de servicio público, pero no siempre que haya ente regulador habrá servicio público: el BCRA regula la actividad bancaria, puede ser considerado un ente regulador, pero la actividad que regula no es servicio público, y podrían agregarse otros ejemplos similares. En cambio, nadie dudaría de que el servicio público de transporte eléctrico y el servicio público de distribución de electricidad se hallan bajo la esfera del Ente Nacional Regulador de la Electricidad.

Finalmente, el ente regulador de un servicio público no regulará únicamente a las prestadoras del servicio público, sino que también reglamentará, dentro de su competencia, la actividad de otras firmas por él reguladas que no son prestadoras de servicios públicos; por ejemplo, el Enargas regula, como ente regulador de servicios públicos, a las firmas licenciatarias de los servicios públicos de transporte y de distribución de gas, pero, al mismo tiempo, regla o reglamenta una actividad libre (art. 14, Const. Nac.) como la producción de gas, regulación o reglamentación que tiene, como límite, la razonabilidad (art. 28, Const. Nac.).

Aquí se produce una suerte de doble juego de presunciones de notable relevancia: mientras que la actividad calificada de servicio público puede presumirse regulada (dentro de los límites de la razonabilidad por imperio del art. 28, Const. Nac.), la actividad libre no se presume regulada pues está amparada por la libertad del artículo 14 de la Constitución Nacional, con lo que sólo podría ser reglamentada (dentro de la razonabilidad del art. 28, Const. Nac.). Esta distinción es importante, y en caso de duda, debe estarse siempre a si medió o

²⁵ En este sentido, BIANCHI, Alberto B., *Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)*, en *ReDA*, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2005, N° 53, ps. 499 y ss., esp. p. 549.

no razonable *publicatio*; si no hay *publicatio*, rige, para echar luz sobre la razonabilidad, el principio *in dubio pro libertate*, principio sobre el cual ilustra Badeni²⁶.

1.6. Prestación privada del servicio público

Todo lo dicho se corresponde con un esquema de libertad de industria de que gozan las firmas privadas, así como con un esquema de servicio público a prestar por una empresa privada concesionaria o licenciataria. Y a este último supuesto se dedican los párrafos que siguen.

Ello no significa que, de hecho, algunos servicios públicos hoy sean prestados por una instrumentalidad empresarial estatal, o que lo hayan sido en el pasado, en especial entre los años '30 –con especial énfasis a partir de 1945– y hasta las privatizaciones de los '90²⁷. Pero, en palabras de Alberdi, “no hallaréis en toda la Constitución argentina una disposición que atribuya a rama alguna del gobierno la facultad de ejercer el comercio [...] o las manufacturas por cuenta del Estado [...] Si esas industrias fuesen suyas y no de los particulares, por utilidad del Estado, convendría desprenderle de ellas, y deferirlas a los particulares”. En este marco de subsidiariedad constitucional, que privilegia la prestación *privada* de servicios –incluyendo los servicios públicos–, se encaran las notas que siguen.

2. Desarrollo

2.1. Los marcos regulatorios de los servicios públicos del artículo 42 de la Constitución Nacional

Los marcos regulatorios a los que se hace referencia en este acápite

²⁶ BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional* cit., t. I, ps. 126/127. Allí puntualiza: “[E]n caso de duda cuando agotada la aplicación de todas las reglas de interpretación no resulta posible arribar a una solución precisa y clara, la determinación que se adopte para el caso concreto debe ser en salvaguarda de la libertad comprometida por aplicación del principio *in dubio pro libertate* [...] [E]l análisis de los límites provenientes de la reglamentación debe ser restrictivo y no extensivo”.

²⁷ Para la etapa de empresariado estatal, ver, con provecho, GALLI, Guillermo P., *Recursos públicos*, en AA. VV., *Manual de finanzas públicas*, 2ª ed., AZ, Buenos Aires, 1986, ps. 163/247, esp. ps. 184 y ss.

están mencionados allí se hallan reser-
servicios públicos
la regulación por
mediar interjuris-

En las provin-
provinciales³⁰, qu
traprovinciales, s
párrafos ya que s
cionales.

2.2. Enumeración

A partir de fi-
prestación de div-
por el Estado, fue
cesión o licencia)
que acompañarían

Esta escena, c
fue afectada por
que, en lo que ac-
laborios existentes
congelaron –dent-
cia– las tarifas de
Y, al mismo tiem-

²⁸ Por ej., la red i-

²⁹ Las exigencias
aquellas a las que est-

³⁰ Así, por ejemp
en la página web del
en dicha provincia, S
<http://www.stusepu.gov>

³¹ Recuérdese que
primer año del gobier-
concesiones de servici-
establecido en esta ley le
autorizados por la ley
regulatorios estableci-

están mencionados en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y allí se hallan restringidos, naturalmente, a los correspondientes a los servicios públicos *nacionales*, verbigracia, los que se hallan sujetos a la regulación por parte de órganos o entes estatales nacionales por mediar interjurisdiccionalidad física²⁸ o regulatoria²⁹.

En las provincias hay marcos regulatorios de los servicios públicos provinciales³⁰, que, pedagógicamente, pueden ser entendidos como intraprovinciales, si se permite el neologismo, y ellos son ajenos a estos párrafos ya que se corresponden con infraestructuras no-interjurisdiccionales.

2.2. Enumeración

A partir de fines de 1989, como es de público conocimiento, la prestación de diversos servicios públicos, hecha hasta ese entonces por el Estado, fue transferida al sector privado (privatización por concesión o licencia), y se conformaron los diversos marcos regulatorios que acompañarían a esas concesiones o licencias.

Esta escena, con la crisis incubada durante los años 2000/2001, fue afectada por la Ley de Emergencia 25.561³¹ de enero de 2002, que, en lo que aquí interesa, marcó profundamente los marcos regulatorios existentes mediante una popular medida: por el artículo 8° se congelaron –dentro de la transitoriedad de la declaración de emergencia– las tarifas de las licencias y concesiones de servicios públicos. Y, al mismo tiempo, se mantuvieron en pie las obligaciones de cada

²⁸ Por ej., la red abarca más de una provincia.

²⁹ Las exigencias que recaen sobre la red refieren, por norma legal expresa, a aquellas a las que está sometida la del prestador interjurisdiccional; ver nota 49.

³⁰ Así, por ejemplo, los contratos, leyes y demás reglamentaciones publicadas en la página *web* del regulador provincial de la Provincia de Jujuy, que se llama, en dicha provincia, Superintendencia de Servicios Públicos y Otras Concesiones, <http://www.susepu.gov.ar/>.

³¹ Recuérdese que el art. 2° de la Ley de Emergencia 25.344, dictada durante el primer año del gobierno del Dr. De la Rúa, excluía, expresamente, a las licencias y concesiones de servicios públicos: “Quedan expresamente excluidos del régimen establecido en esta ley los contratos suscritos en virtud de los procesos de privatización autorizados por la ley 23.696 y que estén regidos en sus prestaciones por marcos regulatorios establecidos por ley”.

firma prestadora, dejándose la puerta abierta para el sometimiento a una renegociación. Posteriormente, la ley 25.790, de renovación de la emergencia, de octubre de 2003, sumió a los marcos regulatorios en una mayor insignificancia³². Al presente, algunas renegociaciones han concluido, y otras están en su etapa embrionaria, y de ello se da cuenta en la respectiva página *web* oficial³³.

Durante la puesta en marcha de esa renegociación, el decreto 311/2003 hizo una suerte de arqueo de las actividades que eran consideradas servicios públicos a los efectos de su inclusión en la renegociación de licencias y concesiones. De dicho decreto surge la siguiente enumeración:

- a) Provisión de servicios de agua potable y desagües cloacales;
- b) transporte y distribución de energía eléctrica;
- c) transporte y distribución de gas;
- d) telecomunicaciones de telefonía básica (fija);
- e) transporte público automotor y ferroviario de personas, de superficie y subterráneo;
- f) servicio ferroviario de cargas;
- g) concesiones viales con cobro a usuarios, incluidos los accesos a la ciudad de Buenos Aires;
- h) servicio portuario;
- i) vías fluviales por peaje;
- j) servicio postal, monetario y de telegrafía, y
- k) sistema nacional de aeropuertos.

2.3. *Acerca de la enumeración*

Las concesiones y licencias oportunamente acordadas con las firmas privadas prestadoras totalizan algo más de seis decenas de con-

³² Se trata de la ley de prórroga de la ley 25.561 hasta diciembre de 2003: "Las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo nacional en el desarrollo del proceso de renegociación no se hallarán limitadas o condicionadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencia de los respectivos servicios públicos". Luego sobrevinieron otras prórrogas, siendo la última la proveniente de la ley 26.204, que lleva la emergencia hasta el 31-12-2007.

³³ [Http://www.uniren.gov.ar/sintesis_de_gestion.pdf](http://www.uniren.gov.ar/sintesis_de_gestion.pdf).

tratos. Pero eso similitud: por y las nueve lic modelos establ

También se de la renegoci blicos: entre o Correo Argent visión de agua CORA SA (C SA (Agua y S ciones.

A todo eve misma, de un el artículo 1º o la producción reiterada la red de la calificaci mismo, dentro incluye las de objeto de la *pub* por peaje, lo c regulatorio de namente public

Además, la versas, ya que sido expresame vicios enumera de esa califica cargas), o que tuario, enumer

³⁴ Dec. 721/20

³⁵ Dec. 304/20

³⁶ B. O. del 2º dec. 863/93. Origi mas la correspond

tratos. Pero esos contratos, en algunos casos, son agrupables por mediar similitud: por ejemplo, las dos licencias de transporte troncal de gas, y las nueve licencias de distribución de gas se corresponden con los modelos establecidos por decreto 2255/92.

También se redujo la enumeración del decreto 311/2003 a los fines de la renegociación de las concesiones o licencias de servicios públicos: entre otros, el decreto 1075/2003 puso fin a la concesión de Correo Argentino; el decreto 303/2006 rescindió el contrato de provisión de agua y cloacas a renegociar; así nacieron, respectivamente, CORA SA (Correo Oficial de la República Argentina SA)³⁴ y AySA SA (Agua y Saneamientos Argentinos SA)³⁵, a modo de reestatizaciones.

A todo evento, cabe leer la enumeración en forma precisa. En la misma, de un modo acorde con el artículo 1º de la ley 24.065 y con el artículo 1º de la ley 24.076, no se incluye la generación eléctrica o la producción de gas; en cuanto al transporte de gas, cabe tener por reiterada la reflexión volcada en 1.4 *in fine* respecto a la exclusión, de la calificación de servicio público, al transporte interrumpible. Asimismo, dentro de las telecomunicaciones, el decreto 311/2003 sólo incluye las de telefonía básica (fija), excluyéndose, por no haber sido objeto de la *publicatio*, la telefonía celular. Se incluyen las vías fluviales por peaje, lo cual remite al contrato de la hidrovía, verdadero marco regulatorio de la actividad, cuyo decreto de aprobación fuera oportunamente publicado sin anexos (dec. 253/95)³⁶.

Además, la enumeración transcripta es pasible de reflexiones diversas, ya que, en algunos casos, se enumeran actividades que han sido expresamente declaradas servicio público, pero otros de los servicios enumerados no conducen tan derechamente a la razonabilidad de esa calificación en el decreto 311/2003 (transporte ferroviario de cargas), o que no parecerían tener los alcances pensados (servicio portuario, enumerado también en el citado decreto).

³⁴ Dec. 721/2004.

³⁵ Dec. 304/2006.

³⁶ B. O. del 24-2-95, dec. 253/95, de adjudicación de la licitación convocada por dec. 863/93. Originariamente fue publicado en el Boletín Oficial como dec. 235/95, mas la correspondiente fe de erratas fue publicada en el B. O. del 27-2-95.

En el supuesto del servicio postal, incluido como servicio público en el decreto 311, es claro que hoy el correo oficial compite, en los hechos, con los denominados "correos privados".

En el caso del transporte ferroviario de cargas, se lo considera, legislativamente, un servicio público, pero es sabido que, en algunas áreas geográficas, dicho servicio público compite con el transporte terrestre de cargas, que tiene precios de mercado.

Un ejemplo más rico en matices es el del servicio portuario: la ley 24.093³⁷ no declara servicio público a la actividad portuaria de conformidad con su texto. Antes bien, consagra, legislativamente, cierto supuesto en el cual la actividad debe ser obligatoriamente prestada. Así, en el artículo 7° de la Ley de Puertos 24.093, y sólo en lo relativo a los puertos de uso público, se percibe una implícita manda de obligatoriedad en la prestación del servicio cuando se está ante un restringido universo de puertos: los denominados "puertos de uso público". Ese artículo establece: "Son considerados puertos de uso público: aquellos que, por su ubicación y sus características de la operatoria, deban prestar obligatoriamente el servicio a todo usuario que lo requiera". Tal previsión legislativa puede ser leída desde distintos puntos de vista. En tanto leída desde la teoría del servicio público, el artículo 7° permitiría detectar, en los puertos de uso público (estatales o privados), una noción de servicio público inexistente en el texto de la ley: sólo se hace hincapié en la obligatoriedad. Ello pues: (i) si se entiende que *publicatio* es declarar que una actividad es servicio público, y si se concibe que no hay servicio público sin razonable *publicatio*, ningún puerto, ni siquiera un puerto abierto al uso público, prestaría un servicio público pues no se está ante tal declaración legislativa. Ahora (ii) si se entiende que se puede reducir la noción de servicio público a la obligatoriedad³⁸, el precitado artículo 7° contendría una implícita ca-

³⁷ Sobre esta ley, puede verse, asimismo, MIGUEL, Alicia N., *Consideraciones sobre la legislación portuaria argentina*, en CORBETTA, Juan Carlos (dir.), en *Anales. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, Año 3, N° 36, La Ley, ps. 450/460.

³⁸ Véase, sobre esta tesis, MAIRAL, Héctor A., *La ideología del servicio público*, en *ReDA*, septiembre-diciembre de 1989, N° 14, Depalma, Buenos Aires, ps. 359 y ss.

lificación de su que por su ut riamente prest todo evento, e de uso privado el diseño de vicio público :

2.4. Un marco

Resultaría : torios correspc regulatorios in pcialistas³⁹.

Con esta ac sobre uno de l puede consider o Enargas⁴⁰.

Se opta por de este trabajo.

³⁹ Entre otros, terrestre, Ábaco, B particularidades de sajeros, y del tran. la energía eléctrica Buenos Aires, 200. la política general la provisión de ser de cargas, las tarifi de la Energía eléct y sanciones, así co

⁴⁰ El Ente Na través de su sede c regionales y agenci Regional Cuyo; De Regional Centro; D Agencia Río Galleg y Agencia Santa R ley 24.076.

lificación de servicio público que abarcaría a los puertos de uso público que por su ubicación y características de operatoria deben obligatoriamente prestar el servicio portuario a todo aquel que lo requiera. A todo evento, el artículo 7° transcrito permite deducir que los puertos de uso privado moran en un ámbito de plena competencia, por ser ése el designio del legislador, en un ambiente francamente extraño al servicio público y a la máxima regulación a él asociada.

2.4. *Un marco regulatorio modelo*

Resultaría imposible detallar aquí cada uno de los marcos regulatorios correspondientes a las actividades enumeradas en 2.2; marcos regulatorios individuales han merecido voluminosas obras de los especialistas³⁹.

Con esta aclaración presente, se brindan ahora algunos lineamientos sobre uno de los marcos regulatorios que crea un ente regulador que puede considerarse *prototípico*: el Ente Nacional Regulador del Gas o Enargas⁴⁰.

Se opta por ese único marco regulatorio por razones de extensión de este trabajo, y, además, pues de su lectura surge que el mismo es

³⁹ Entre otros, CANOSA, Armando N., *Régimen administrativo del transporte terrestre*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, 747 ps. (que abarca generalidades del transporte, particularidades del transporte ferroviario, así como del transporte automotor de pasajeros, y del transporte automotor de cargas); BARREIRO, Rubén A., *Derecho de la energía eléctrica. Dinámica legal, derechos y obligaciones del usuario*. Ábaco, Buenos Aires, 2002, 1027 ps. (que cubre antecedentes, el marco regulatorio eléctrico, la política general y agentes, los transportistas y distribuidores, los grandes usuarios, la provisión de servicios, las limitaciones, la exportación e importación, el despacho de cargas, las tarifas, adjudicaciones, el Ente Nacional Regulador, el Fondo Nacional de la Energía eléctrica, el procedimiento y control jurisdiccional, las contravenciones y sanciones, así como lo relativo al ámbito de aplicación y a la privatización).

⁴⁰ El Ente Nacional Regulador del Gas actúa en todo el territorio nacional, a través de su sede central en la Ciudad de Buenos Aires y por medio de delegaciones regionales y agencias ubicadas en distintas ciudades del interior del país (Delegación Regional Cuyo; Delegación Regional Sur; Delegación Regional Noroeste; Delegación Regional Centro; Delegación Regional Rosario; Agencia Trelew; Agencia Río Grande; Agencia Río Gallegos; Agencia Concordia; Agencia Mar del Plata; Agencia Tucumán, y Agencia Santa Rosa). Esta descentralización, por cierto, posee base legal: art. 50, ley 24.076.

sorprendentemente sencillo y claro, y respondió originariamente a modernas exigencias regulatorias privilegiando principios que poco después tendrían consagración constitucional.

2.5. Caracterización. Competencias. Vinculación con los usuarios

Esa opción trae aparejado recordar, liminarmente, la organización del respectivo ente regulador, que se caracteriza por:

- Haber sido creado por ley⁴¹, aislado, por voluntad del legislador, del orden jerárquico que presupone la organización piramidal que depende del Poder Ejecutivo nacional (administración pública centralizada) en virtud de su carácter de entidad autárquica⁴², esto es, ente descentralizado en grado de *autarquía*; contando su directorio con una relativa *estabilidad*⁴³⁻⁴⁴.
- Dicha ley le otorga competencias⁴⁵, en lo principal, de carácter *normativo*, previéndose *ex lege* la *participación* en el procedimiento previo al dictado de específicas medidas⁴⁶; competencias de carácter *jurisdiccional*, instituyendo un régimen de *jurisdicción primaria administrativa*⁴⁷, de honda tradición en países que

⁴¹ Ley 24.076.

⁴² Art. 51, ley 24.076.

⁴³ Ver art. 54, ley 24.076.

⁴⁴ "Creación por ley" y "estabilidad" son los elementos calificados como básicos en SOLA, Juan V., *Derecho Constitucional*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 809. Puede verse, asimismo, CABOT, Diego, *Intervención e incumplimiento de las normas para nombrar directivos, principales faltas*, publicada en *La Nación* del 19-2-2007, donde se objeta la intervención administrativa de ciertos reguladores, y se formulan reparos a la efectiva vigencia de la manda legislativa sobre la selección competitiva de los directores.

⁴⁵ Arts. 50 y ss., ley 24.076.

⁴⁶ Por ej., dec. 1738/92, reglamentario de la ley 24.076, sección XI, arts. 65/70, ap. 10: "La sanción de normas generales será precedida por la publicidad del proyecto o de sus pautas básicas y por la concesión de un plazo a los interesados para presentar observaciones por escrito. Excepcionalmente podrá recurrirse al procedimiento de audiencia pública a este efecto cuando la repercusión pública del tema así lo justifique".

⁴⁷ Puede ampliarse en BREYER, Stephen G. *et al.*, *Administrative Law and Regulatory Policy...* cit., ps. 1165 y ss.; SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3rd ed., Little Brown and Co., Boston, Mass., 1991, ps. 523 y ss.; *Administrative Law. A Casebook*, 3rd ed., Little Brown and Co., Boston, Mass., 1988, ps. 714 y ss.; PIERCE,

guardan residualn se exige, de dictar
- Cabe agr mación p página w así como competer los usar cedimien

Richard J. (Jr.); SI Process, 2nd ed., BONFIELD, Arth West, St. Paul, M Principles and Pr Glen O.; GELLH(ed., West, St. Paul William T., Admin Walter; BYSE, Cl A., Administrative 1133 y ss.; FOX, V Bender, New York in the Political Sys ps. 437 y ss.; CAL Cal., 2002, ps. 14;

⁴⁸ Nótese que excluye, jurisprudé y perjuicios, conf. -Sec. Ener. y Pue; la determinación y del incumplimient considerarse fuera ley 24.065, el cual entre los sujetos n entre ellos afectan

⁴⁹ Por ej., dec. ídem, sección X, a

⁵⁰ www.enarga

⁵¹ Los cuales s

⁵² Ver dec. 117

guardan similitud con nuestra organización constitucional⁴⁸; y, residualmente, competencias de carácter *administrativo*. Además, se exige, sanamente, una *motivación calificada* en el supuesto de dictarse ciertas medidas⁴⁹.

- Cabe agregar, asimismo, que en el plano *institucional*, la información producida por el ente se halla publicada en la respectiva página *web*⁵⁰: allí se publica el marco regulatorio integralmente, así como los muchos actos fruto del ejercicio de las mencionadas competencias, se canaliza ágilmente la comunicación *online* con los usuarios para consultas o reclamos⁵¹, y se anuncian los procedimientos abiertos a la participación⁵².

Richard J. (Jr.); SHAPIRO, Sidney A. y VERKUIL, Paul R., *Administrative Law and Process*, 2nd ed., The Foundation Press, Westbury, New York, 1992, ps. 190 y ss.; BONFIELD, Arthur E. y ASIMOW, Michael, *State and Federal Administrative Law*, West, St. Paul, Minn., 1989, ps. 703 y 729; REESE, John H., *Administrative Law. Principles and Practice*, West, St. Paul, Minn., 1995, ps. 640 y 679; ROBINSON, Glen O.; GELLHORN, Ernest y BRUFF, Harold H., *The Administrative Process*, 4th ed., West, St. Paul, Minn., 1993, ps. 170 y 188; AMAN, Alfred C. (Jr.) y MAYTON, William T., *Administrative Law*, West, St. Paul, Minn., 1998, p. 422; GELLHORN, Walter; BYSE, Clark; STRAUSS, Peter L.; RAKOFF, Todd y SCHOTLAND, Roy A., *Administrative Law*, 8th ed., The Foundation Press, Mineola, New York, 1987, ps. 1133 y ss.; FOX, William F. (Jr.), *Understanding Administrative Law*, 3rd ed., Matthew Bender, New York, 1997, ps. 366 y ss.; WARREN, Kenneth F., *Administrative Law in the Political System*, 3rd ed., Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 1996, ps. 437 y ss.; CANN, Steven J., *Administrative Law*, 3rd ed., Sage, Thousand Oaks, Cal., 2002, ps. 143 y ss.; entre otros.

⁴⁸ Nótese que en el ámbito del Ente Nacional Regulador de la Electricidad se excluye, jurisprudencialmente, la competencia del ente regulador para liquidar daños y perjuicios, conf. causa A.126.XXXVI, "Ángel Estrada y Cía. SA c/Resol. 71/96 -Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)", del 5-4-2005, conforme al cual la determinación y condena al pago de los daños y perjuicios eventualmente derivados del incumplimiento del contrato celebrado entre la distribuidora y el usuario debe considerarse fuera de la jurisdicción especial atribuida al ENRE por el art. 72 de la ley 24.065, el cual sólo está facultado para resolver las controversias que se susciten entre los sujetos mencionados en dicha norma, en la medida en que las relaciones entre ellos afectan el correcto funcionamiento del servicio.

⁴⁹ Por ej., dec. 1738/92, reglamentario de la ley 24.076, sección IX, art. 41, ap. 2; ídem, sección X, art. 52, ap. 8.

⁵⁰ www.enargas.gov.ar.

⁵¹ Los cuales son respondidos en un lapso de tiempo óptimo.

⁵² Ver dec. 1172/2003, que aplica el mencionado ente regulador.

No todos los marcos regulatorios prevén todos estos extremos. Algunos prevén entes reguladores que integran la administración centralizada, los que carecen de autarquía (por lo que, al no tener personalidad jurídica, no pueden ser calificados como entes); otros no prevén un régimen de jurisdicción primaria; otros marcos regulatorios son aplicados por reguladores que carecen de cuna legislativa al haber sido creados por decreto dentro de la divisoria entre competencias legislativas y ejecutivas fijada constitucionalmente, etcétera; nada de ello los torna, empero, anómalos. Una causa de verdadera anomalía, en cambio, sería la no publicación del marco regulatorio que aplica el regulador, pues ello afecta el principio de publicidad de los actos de gobierno (art. 1º, Const. Nac.), y por consiguiente, el derecho a la información de los usuarios del servicio público bajo el decreto 1172/2003.

A continuación se ilustra acerca de uno de los múltiples marcos regulatorios existentes, el que crece y se desarrolla bajo la ley 24.076 o ley del gas⁵³.

2.6. *El enclave constitucional*

El mencionado marco regulatorio contiene pluralidad de previsiones legales y convencionales, que rigen unas redes de enorme importancia económica⁵⁴. Resultaría imposible, en esta apretada exposición, rese-

⁵³ Que se aplica al servicio público de transporte de gas, al servicio público de distribución de gas, así como a la *subdistribución*: aun cuando el subdistribuidor desarrolle su actividad en una sola jurisdicción, para poder desempeñarse como tal requiere de una habilitación otorgada por Enargas, ya que pesan sobre él las mismas obligaciones que rigen para los distribuidores (conf. dec. 1738/92, Anexo I, art. 12.3), por lo que el servicio público que prestará es un servicio público nacional a la luz del art. 1º, ley 24.076, sujeto a jurisdicción nacional en todo el territorio nacional (conf. dec. 1738/92, Anexo I, art. 1º, inc. 3º, aplicable en virtud del precitado art. 12.3); ver nota 29.

⁵⁴ Como se recordará, el servicio público de transporte de gas, en nuestro país, comprende dos grandes sistemas de gasoductos —que suman más de doce mil kilómetros de tuberías—, cada uno de los cuales conforma un sistema interjurisdiccional. Un sistema de gasoductos comprende el Gasoducto Norte, el Gasoducto Centro Oeste y los Tramos Finales, totalizando 5.484,9 kilómetros. El otro sistema de gasoductos comprende el Gasoducto Neuba II, el Gasoducto Oeste-Neuba I, el Gasoducto General San Martín, los Tramos Finales, el anillo Buenos Aires, el Gasoducto Cordillerano, el Gasoducto Plaza Huincul-Gral Conesa y los gasoductos de interconexión y derivaciones, totalizando 7.380,1 kilómetros (ampliar en Enargas, *Informe Anual 2002*, ps. 153 y ss.);

fierlas todas.
aquí, pues h
tenida en el

Dicho ar
los servicios
este trabajo.
también hace

Las a
servic

De tal m

La leg
públic

parecería clar
a sancionar p
del servicio j

Una form
qué no admiti
no sufrague i
que la firma j
ser logrado e
a calidad dad

Como se v
originariamen
la incorporaci
dentro de aqu
el área del co
constitucional
con dos años

en materia de di
sirve al menos er
sirve en la Provi
máximo está dad
vinciales distintas
de Neuquén, Río
Buenos Aires).

ñerlas todas. Sin embargo, hay un aspecto que bien puede ser encarado aquí, pues hace, en forma directa, a una previsión constitucional contenida en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Dicho artículo no solamente se refiere a los marcos reguladores de los servicios públicos conceptualizados en las secciones anteriores de este trabajo. Antes bien, contiene una manda por demás relevante que también hace a los servicios públicos, y que, en lo sustancial, expresa:

Las autoridades proveerán [...] al control de [...] la [...] eficiencia de los servicios públicos.

De tal modo, si enseguida se establece en ese artículo que

La legislación establecerá [...] los marcos regulatorios de los servicios públicos,

parecería claro que estos marcos regulatorios de los servicios públicos, a sancionar por las autoridades, deben permitir el control de la eficiencia del servicio público.

Una forma de controlar la eficiencia en el servicio público —y, por qué no admitirlo, la forma en que esa eficiencia garantiza que el usuario no sufra ineficiencias que se hallan fuera de su control— es cuidar que la firma prestadora del servicio público sea eficiente, y ello puede ser logrado exigiéndosele a ésta, en forma clara y expresa, eficiencia a calidad dada.

Como se verá en la sección siguiente de este trabajo, ello fue previsto originariamente en el régimen de la Ley del Gas 24.076. De tal modo, la incorporación constitucional, en 1994, del concepto de eficiencia dentro de aquellos aspectos por los cuales velarían las autoridades en el área del control de los servicios públicos, no fue sino recepción constitucional de una manda legislativa que ya contaba para esa época con dos años de vida.

en materia de *distribución*, hay, en todos el país, 9 distribuidoras; cada una de ellas sirve al menos en dos jurisdicciones territoriales distintas (por ej., la licenciataria que sirve en la Provincia de Santa Fe y la zona norte de la Prov. de Buenos Aires); el máximo está dado en la distribuidora que presta servicios en seis jurisdicciones provinciales distintas de baja densidad poblacional (licenciataria que sirve en las Provincias de Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego y sur de la Prov. de Buenos Aires).

Esa manda legislativa, contenida en la ley que nos ocupa, 24.076, significó instaurar un sistema en el cual se utilizarían las tarifas para obtener la eficiencia de la firma (tal que los usuarios no sufragaran ineficiencias), y como las tarifas remuneran, entre otros rubros, las inversiones, como enseña Mairal⁵⁵, también se construyó un sistema de efficientización de estas últimas.

Veamos lo relativo a la eficiencia y las tarifas (2.7), así como lo relativo a las inversiones (2.8).

Empero, debe tenerse presente, en la lectura de los párrafos que siguen, que el marco regulatorio aquí glosado, de comienzos de la década de los '90, está fuertemente incidido por la ley 25.561 de 2002, que en lo sustancial ha alterado todos los marcos regulatorios existentes, pues congeló provisionalmente las tarifas, e invitó a una renegociación que constaría de diversas etapas⁵⁶. En los hechos, y como señala Cassagne, el Estado, mediante la ley 25.561, unilateralmente derogó cláusulas contractuales de los respectivos contratos públicos, modificándolos⁵⁷. Y, al así hacerse, se dejó, en los hechos, sin efecto el régimen tarifario⁵⁸. Es más, y desde una apreciación estrictamente personal, cabe colegir que, al obliterarse el régimen tarifario, se tornó letra muerta lo que éste, los marcos regulatorios, y el artículo 42 de la Constitución Nacional aseguraban a los usuarios: un servicio público eficiente.

⁵⁵ MAIRAL, Héctor A., *La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos*, en *ReDA*, Año I, noviembre de 1971, N° 2, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, ps. 53 y ss., esp. p. 56.

⁵⁶ Las etapas pueden enumerarse así: acuerdo en trámite; acuerdo propuesto con audiencia pública celebrada; acuerdo firmado en trámite posterior a la audiencia pública; actas acuerdo firmadas en proceso de aprobación por la Procuración del Tesoro de la Nación, por la Sindicatura General de la Nación, por el Honorable Congreso de la Nación, por el Poder Ejecutivo nacional; acuerdos resueltos ratificados por el Poder Ejecutivo nacional por decreto. Por fuera de esta serie también hay concesiones rescindidas y renegociaciones demoradas que no han ingresado a la primera etapa.

⁵⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*, en L. L. 2002-B-855/871, esp. p. 870.

⁵⁸ En tal sentido, TAWIL, Guido S., *Los servicios públicos ante la emergencia económica financiera*, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Servicio público y policía*, El Derecho Universitas, Buenos Aires, 2006, ps. 369/374, esp. p. 371.

2.7. Tarifas

Como se recordará, la ley 24.076 establece que, a fin de posibilitar una razonable rentabilidad a aquellas empresas que operen con *eficiencia*, las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deben contemplar, por un lado, que dicha rentabilidad sea similar a la de otras actividades de riesgo equiparable o comparable; y debe, asimismo, guardar relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios⁵⁹. Así, la finalidad de eficiencia se erige en un originario mandato legislativo, que después hallaría —como se adelantara en (2.6)— consagración constitucional.

A tal fin, el marco regulatorio previó tarifas ajustadas por un índice basado en indicadores de mercado internacional que reflejan los cambios de valor de bienes y servicios representativos de las actividades de los prestadores⁶⁰, índice a ajustar en más o en menos por un *factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones*⁶¹.

Lo previsto en la ley se concretó mediante la inclusión, en las reglas básicas de la licencia (dec. 2255/92), tanto de un índice extranjero como un factor explícito de eficiencia y un factor explícito de inversiones⁶², amén del traslado en más o en menos de ciertos costos⁶³. Todo ello, especificándose claramente la fórmula aplicable en dichas reglas básicas⁶⁴, que, por exponerla didácticamente, es igual a: $\text{precio reajustado} = \text{precio anterior} \times \text{índice} - \text{objetivo de eficiencia} + \text{objetivo de inversiones} \pm \text{costos}$.

⁵⁹ Ley 24.076, art. 39.

⁶⁰ Ley 24.076, art. 41.

⁶¹ Ley 24.076, art. 41.

⁶² Num. 9.4.1.4 de las Reglas Básicas de la Licencia de Transporte, dec. 2255/92, Anexo A.

⁶³ Así, art. 37, ley 24.076 (por ello, la factura que contiene un rubro "gas" comprende el gas propiamente dicho, más el transporte, más la distribución); art. 38, inc. c de dicha ley (el distribuidor factura el precio del gas más la distribución); art. 41 (se reflejará "cualquier cambio en los impuestos sobre las tarifas"); entre otros supuestos.

⁶⁴ Íd. nota 62. De allí que tal fórmula clara haya echado oportunamente por tierra las objeciones del legislador en cuanto a que "resultará imposible manejar las tarifas" (Cámara de Senadores de la Nación, Reunión 42ª, 14-11-91, p. 4106).

En el marco reseñado, además, se previeron revisiones periódicas⁶⁵ del objetivo de eficiencia y del objetivo de inversiones, y oportunamente se realizó la primera revisión quinquenal de fijación de los objetivos de eficiencia e inversiones de las licenciatarias para el quinquenio 1998/2002⁶⁶, con las respectivas audiencias públicas previas⁶⁷.

La reglamentación de la ley 24.076, que consagra los criterios de estabilidad, coherencia y previsibilidad tanto para los consumidores como para los prestadores⁶⁸, especifica que la metodología para ajustar las tarifas de los transportistas y distribuidores en base al índice será incluida en las respectivas habilitaciones⁶⁹, por lo que en los modelos de licencia de transporte y de distribución de gas, aprobadas por decreto⁷⁰, se estableció, oportunamente, además de la dolarización de la tarifa⁷¹, su reajuste semestral de acuerdo con la variación operada en el PPI⁷², índice de origen norteamericano⁷³.

Asimismo, por el artículo 96 de la ley 24.076, en caso de conflicto normativo con otras leyes —por ejemplo, la Ley de Convertibilidad 23.928—, prevalecería la ley 24.076. Éste fue el escenario hasta fines de 1999; escenario en el cual el usuario se beneficiaría, pues, bajo la fórmula aplicable, se le exigiría un objetivo explícito de eficiencia al prestador, tal que éste tuviera que cumplir con el mismo a su propio riesgo y tal que los usuarios no tuvieran que enjugar las ineficiencias de la firma⁷⁴.

⁶⁵ Ley 24.076, art. 42.

⁶⁶ Pueden verse las res. Enargas 461/97, 462/97, 463/97, 464/97, 465/97, 466/97, 467/97, 468/97, 469/97, 470/97; entre otras.

⁶⁷ Ver resoluciones citadas en nota 66 y el inc. 8° de la reglamentación por dec. 1738/92 del art. 68, inc. a de la ley 24.076, que previó expresamente la obligación de convocar a audiencia pública en forma previa a la adopción de decisiones definitivas en materia de revisión quinquenal de tarifas.

⁶⁸ Dec. 1738/92, reglamentación del artículo 42 de la ley 24.076.

⁶⁹ Dec. 1738/92, art. 41, inc. 3°.

⁷⁰ Dec. 2255/92, Anexos A y B.

⁷¹ Dec. 2255/92 cit., Anexo, num. 9.2.

⁷² Dec. 2255/92 cit., Anexo, num. 9.4.1.1.

⁷³ Dec. 2255/92 cit., Anexo, num. 1.1.

⁷⁴ Este extremo —inclusión de un explícito objetivo de eficiencia con que debe cumplir la firma a su propio riesgo— echaba por tierra las objeciones del legislador en cuanto a que “el usuario [...] será el perjudicado” (Cámara de Senadores de la Nación, Reunión 42°, 14-11-91, p. 4106).

Hallándose eficiencia y d el período 19 sido aplicado sionalmente, del pueblo de confirmada p en mayo de 2 en el ámbito relativas a in favor de una c que había rec

Al así res pensión provi que se desbar el objetivo de

A la susp por el índice (art. 8° de la todas las decl el congelamie Mas la provi por cierto, se Emergencia 2 mente, recob lativo, sin qu

⁷⁵ Véase no

⁷⁶ CNFed.C/

—Incidente de M del 5-10-2001, las firmas tercer y con recursos c causas D.89.XX

⁷⁷ El laudo

República Arger

⁷⁸ Cabe rem pósito del análi

en revisiones periódicas⁶⁵ inversiones, y oportunamente de fijación de los licenciatarias para el quinquenio públicas previas⁶⁷. Consagra los criterios de para los consumidores metodología para ajustar en base al índice será lo que en los modelos gas, aprobadas por de la dolarización de la la variación operada en

76, en caso de conflicto Ley de Convertibilidad escenario hasta fines de aría, pues, bajo la fórmula la eficiencia al prestador, a su propio riesgo y tal eficiencias de la firma⁷⁴.

1/97, 464/97, 465/97, 466/97,

e la reglamentación por dec. expresamente la obligación ción de decisiones definitivas

la ley 24.076.

de eficiencia con que debe las objeciones del legislador Cámara de Senadores de la

Hallándose en curso el quinquenio 1998/2002, con objetivos de eficiencia y de inversiones ya determinados en 1997 para regir durante el período 1998/2002⁷⁵, la aplicación del índice extranjero –que había sido aplicado durante más de un quinquenio– fue suspendida provisionalmente, en el marco de la causa judicial iniciada por el defensor del pueblo de la Nación; ello, por decisión judicial de agosto de 2000, confirmada por la Alzada en octubre de 2001 y por la Corte Suprema en mayo de 2005⁷⁶. Este fallo fue dictado pocos días después de que en el ámbito del Ciadi –centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, de la esfera del Banco Mundial– se laudara a favor de una de las sociedades accionistas de una licenciataria, sociedad que había reclamado protección de sus inversiones en Argentina⁷⁷.

Al así resolverse en sede del máximo tribunal argentino, la suspensión provisional del índice contenido en la fórmula prevista acarreo que se desbarataran los restantes elementos de la fórmula, verbigracia, el objetivo de eficiencia y el objetivo de inversiones.

A la suspensión judicial –que significó que no habría más ajustes por el índice a partir de fines de 1999– siguió la suspensión legislativa (art. 8° de la ley 25.561), de tipo transitorio, como son transitorias todas las declaraciones de emergencia. Así, se configuró, en tal aspecto, el congelamiento, al cual se sumó la desdolarización (dec. 214/2002). Mas la provisionalidad del congelamiento dispuesto legislativamente, por cierto, se ha venido renovando con cada prórroga de la Ley de Emergencia 25.561, que, datando de enero de 2002, sigue, mecánicamente, recobrando bríos año tras año, por decisión del Poder Legislativo, sin que medie –salvo por algunas excepciones⁷⁸– ponderación

⁷⁵ Véase nota 66.

⁷⁶ CNFed.CAdm., sala V, causa N° 39.674/2000, “Defensor del Pueblo de la Nación – Incidente de Med. c/EN. PEN. M° E. Dec. 1738/92 y otros s/Proceso de conocimiento”, del 5-10-2001, con recursos extraordinarios, del Estado nacional, del Enargas y de las firmas terceras interesadas, contra la medida cautelar, declarados mal concedidos, y con recursos de hecho rechazados por la Corte Suprema, “Defensor del Pueblo” en causas D.89.XXXVIII, D.90.XXXVIII, 24-5-2005.

⁷⁷ El laudo fue enviado a las partes, CMS Gas Transmission Co., demandante, y República Argentina, demandada, el 12-5-2005.

⁷⁸ Cabe remitir a nuestro *Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis costo-beneficio)*, en SCHEIBLER, Guillermo (Coord.), *El Dere-*

expresa alguna acerca de los costos y beneficios involucrados en la extensión de su vigencia generalizada.

La página *web* donde se publican los avances de las renegociaciones de la ley 25.561⁷⁹, de febrero de 2002, indica, a enero de 2007, que sólo la distribuidora Gas Natural Ban llegó a la etapa de “acuerdo resuelto ratificado por el PEN mediante decreto”. Asimismo, las transportistas troncales TGS y TGN, así como las distribuidoras Metrogas, Camuzzi Gas Pampeana, Camuzzi Gas del Sur, Litoral Gas, Gas Cuyana, Gas del Centro y Gasnor se hallan, “con acuerdo propuesto, con audiencia pública realizada”; y el acuerdo de Gas Nea se halla “demorado”⁸⁰.

De acuerdo con lo dicho en esta sección, el congelamiento de hecho data de fines de 1999 en el sector del transporte y distribución de gas; y desde el 2002, con la ley 25.561, se ha desbaratado –dentro de la transitoriedad de toda emergencia– la posibilidad de obtener la eficiencia que aseguraba, a los usuarios, la fórmula antes mencionada. Esa fórmula era el único medio legislado, en el sector que nos ocupa, para hacer posible lo previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, en cuanto manda a las autoridades a proveer al control de la “eficiencia” de los servicios públicos.

2.8. Inversiones

Como ya se dijo, las tarifas remuneran, entre otros rubros, las inversiones. Es por ello que tanto al momento de la privatización, al concluirse el respectivo contrato de concesión, o la licencia, como al construirse todo el marco regulatorio que acompaña a esa concesión o licencia, y –en fin– a lo largo de la vida del contrato, resulta esencial no alterar el equilibrio tarifario previsto al ofertar, pues, caso contrario, ocurrirán dos fenómenos: o se resentirán las inversiones, o, en caso de exigirse inversiones en situación de desequilibrio tarifario, se configurará una privación de la propiedad.

cho Administrativo de la Emergencia IV-V, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, ps. 111/140.

⁷⁹ [Http://www.uniren.gov.ar/sintesis_de_gestion.pdf](http://www.uniren.gov.ar/sintesis_de_gestion.pdf).

⁸⁰ Ídem nota 79.

El marco incluyó a la misma auna e inversión e la fórmula p simpleza de

El régimen 24.076; se ti iniciativa cu o mediando cuando la ta ya aludido.

El régimen tos K”, aco apuntada y i incólume la vilegiaba el implica que, se aplica po por la firma a los usuario hacia el pas y prestando nalidad al si habiendo po prevista en i

⁸¹ Las licen de inversiones e de gasoductos,

⁸² Esto es, los cuales, una mantenimiento

⁸³ Dec. 173

⁸⁴ Fundació la competencia Buenos Aires,

El marco regulatorio reseñado previó estos extremos, y, además, incluyó a las inversiones en la fórmula prevista, de modo tal que la misma aunara ajuste por el índice, eficiencia a cumplir por la firma, e inversiones a realizar por la firma. Puede adelantarse que desbaratada la fórmula por mediar suspensión del índice, también se desbarató la simpleza del régimen de inversiones originario.

El régimen originario preveía obras sujetas al artículo 16 de la ley 24.076; se trataba de obras a realizar por la licenciataria por su propia iniciativa cuando la tarifa permitiere el financiamiento de aquéllas⁸¹ o mediando acuerdos con terceros en el marco del precitado artículo cuando la tarifa resultara insuficiente⁸². Todo ello, dentro del equilibrio ya aludido.

El régimen originario también preveía los denominados "proyectos K", acordes con la incorporación del factor k en la fórmula ya apuntada y especificada en el decreto 2255/92, tal que se mantuviera incólume la razonable rentabilidad de la firma⁸³. Nuevamente, se privilegiaba el equilibrio mencionado. La práctica de los "proyectos k" implica que, una vez determinado por el ente, el factor de inversiones se aplica por semestres y sólo después de que la inversión propuesta por la firma y autorizada por el regulador comienza a prestar el servicio a los usuarios; en otras palabras, el factor de inversiones se fija mirando hacia el pasado, pues se aplicará contra obras aprobadas, ejecutadas y prestando servicios⁸⁴. Tal inteligencia brinda transparencia y racionalidad al sistema de inversiones a los ojos de los usuarios, quienes habiendo podido participar —como ya se dijo— en la audiencia pública, prevista en el procedimiento de elaboración del factor K, nunca su-

⁸¹ Las licencias del dec. 2255/92 previeron, para el primer quinquenio, la realización de inversiones obligatorias destinadas, en general, a obras de seguridad de los sistemas de gasoductos, exigibles según determinadas metas físicas y económicas.

⁸² Esto es, emprendimientos realizados por terceros, de índole pública o privada, los cuales, una vez habilitados, son transferidos a la prestadora para su operación y mantenimiento por razones de interés público.

⁸³ Dec. 1738/92, art. 41, inc. 2º, párr. 3º.

⁸⁴ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente*, Buenos Aires, 1999, p. 453.

fragarán inversiones no realizadas. Además, los usuarios no financian a la empresa; sólo pagan una obra lista para prestar servicios.

Por fuera de ambos regímenes quedan las obras que se construyen como consecuencia de los compromisos de exportación, que no deben de manera alguna incrementar el costo en el que los usuarios nacionales incurren para recibir el servicio⁸⁵.

Las sucesivas suspensiones ya reseñadas, al acarrear la inaplicación provisional del índice, conllevaron tanto la inaplicación del objetivo de eficiencia como la inaplicación del objetivo de inversiones en razón de la integralidad de la fórmula oportunamente consagrada⁸⁶.

Ahora, con posterioridad a la ley 25.561, se han diseñado los denominados "programas de fideicomisos" promovidos por el Gobierno para el financiamiento de las expansiones. Estos fideicomisos adoptaron dos formas: (i) fideicomisos promovidos en el marco de la resolución Enargas 2877/2003, y (ii) fideicomisos reglados por el decreto 180/2004.

Los primeros, destinados a incrementar la capacidad de transporte de los usuarios industriales y comerciales, fueron neutralizados con los anuncios de la consagración de los segundos. Los segundos, reglados por el decreto 180/2004 y la resolución MP 185/2004, originaron financiamiento privado para los transportistas troncales. Este nuevo sistema regla el fideicomiso, así como el proyecto de financiamiento, con limitación de la responsabilidad patrimonial asumida por quienes financian los proyectos. Es de público conocimiento la demora significativa operada en los plazos de implementación de estos programas

⁸⁵ Art. 6º, dec. 729/95: "Las obras que se construyan como consecuencia de los compromisos de exportación, no deberán, bajo ninguna circunstancia de modo, tiempo y lugar, incrementar el costo en el que los usuarios nacionales incurran para recibir los servicios de transporte y distribución del gas natural". Sobre el ajuste por el índice de los precios "a tarifa", en dólares, de los contratos de transporte de exportación, ver BOSCH (h), Juan, *El control judicial de las tarifas de transporte de gas natural (con respecto a la sentencia "Colbún")*, en J. A. 2005-IV-224/232, anotando la sentencia de la CNFed.CAdm., sala III, "Colbún SA c/Resol. Enargas 2687/2002", del 27-5-2005.

⁸⁶ Así, en nuestro *La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de price-caps*, en *El Derecho. Derecho Administrativo*, Universitas, Buenos Aires, 2003, ps. 438 y ss.

—que incluso dumbre en n que resulte.

También nueva clase acuerdos de crementos t determinad ras del serv clase de inv previsto⁸⁸.

A partir finalidades inversiones: inversiones reversión de tratación, de pública obl ducida por ello ha sido incertidumb dose suscita control de lo de fideicom sa licenciat Nación⁸⁹.

⁸⁷ CNFed. 11-10-2005.

⁸⁸ Para Ga

⁸⁹ Las obj dación de los efecto y para recordará, asir versión Públic recaudado por

—que incluso llegaron a suscitar intervención judicial⁸⁷—, y la incertidumbre en materia de reglas de asignación de la capacidad de transporte que resulte.

También con posterioridad a la ley 25.561 se ha generado una nueva clase de inversiones: los planes de inversión previstos en los acuerdos de renegociación: se exige, como contrapartida a ciertos incrementos tarifarios en el período de transición, el cumplimiento de determinados planes de inversión por parte de las empresas prestadoras del servicio público. Es clara la ausencia de incentivos en esta clase de inversiones si se lo compara con el régimen originariamente previsto⁸⁸.

A partir de lo dicho en esta sección, se advierte la pérdida de las finalidades primariamente previstas por el privatizador en materia de inversiones: incentivación de las mismas, pago por los usuarios de inversiones ya realizadas en el marco de un contrato que prevé la reversión de los bienes al concedente al término normal de la contratación, democratización de la toma de decisión por mediar audiencia pública obligatoria previa a la definición de los “proyectos k” conducida por el regulador especializado, verbigracia, el Enargas. Todo ello ha sido desplazado por pluralidad de regímenes, que generan incertidumbre y ausencia de transparencia para los usuarios, habiéndose suscitado, además, objeciones en razón de la administración y control de los denominados *cargos específicos* que financian el sistema de fideicomisos, que no son —cabe poner de resalto— ni de la empresa licenciataria prestadora del servicio público, ni del Tesoro de la Nación⁸⁹.

⁸⁷ CNFed.CAdm., sala III, 27-5-2005, “Samez, Antonio c/Enargas”, L. L. del 11-10-2005.

⁸⁸ Para Gas Natural Ban, ver dec. 835/2006, cláusula 7^{ma} y anexo IV.

⁸⁹ Las objeciones hacen a lo previsto en el art. 10 del dec. 1216/2006: “la recaudación de los cargos específicos deberá ser depositada en una cuenta creada a tal efecto y para cada obra en el ámbito del respectivo Fondo Fiduciario”. Como se recordará, asimismo, el art. 6º establece: “El Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios determinará a qué Fondo Fiduciario se destinará el monto recaudado por los cargos específicos...”

2.9. *Alguna reflexión adicional*

El ejercicio del poder constituyente derivado ha posado su mirada —por segunda vez en nuestra historia⁹⁰— sobre los servicios públicos. La primera vez lo hizo creyendo que si los servicios públicos eran del Estado, éste se vería fortalecido. La segunda vez lo hizo impulsando, con sano fin, criterios que ya estaban siendo utilizados no sólo en el Reino Unido sino también en los Estados Unidos.

En suma, en 1994, de modo acorde con las modernas prácticas regulatorias, el constituyente detuvo su mirada en los servicios públicos para obtener dos finalidades:

i) Introducir un concepto que brinda certidumbre a las relaciones entre los usuarios, el licenciatario o concesionario y la autoridad concedente (los *marcos regulatorios de los servicios públicos*), y ii) fijar una competencia de las autoridades que beneficia claramente a los usuarios (control de la *eficiencia en la prestación* de los servicios públicos). Ello, en la armonía de un marco general constitucional que,

⁹⁰ Recuérdese el art. 40 de la Constitución de 1949: "La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguarda de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.

"Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias.

"Los *servicios públicos* pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.

"El precio por la expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido" (la bastardilla no es del original).

además de
mercado, de

Al aludir
que establec
se hizo sino
lación, en la
reglamento
artículo 76
octava (don

2.10. *Otros*

Y al con
servicios pú
mativo ante
fórmulas, si
de privatiza
62/90 de ap
el sistema c
que rigiera
ra privatiza
marcos regu

3. *Conclus*

3.1. *Una p*

A partir
un poco ant
dónde se di
marcos regu
tía de efici
en especial
gimen tarifa

⁹¹ Se tom
se dirigen los
trativo de la e

además de valorar la libertad de industria, admite la existencia del mercado, de la competencia y de los monopolios legales y naturales.

Al aludirse en el artículo de la Constitución Nacional a la legislación que establecería los marcos regulatorios de los servicios públicos, no se hizo sino receptor la realidad normativa vigente: el término legislación, en la Constitución, significa no sólo ley formal sino también reglamento administrativo, pues así está empleado el término en el artículo 76 de la Constitución Nacional y en la cláusula transitoria octava (donde se alude a la "legislación delegada").

2.10. Otros marcos regulatorios

Y al consagrar el constituyente la eficiencia en la prestación de los servicios públicos concretó un avance que ya había tenido estatus normativo antes de 1994, no sólo, como se vio, en la ley 24.076 y sus fórmulas, sino también—con las modulaciones propias de cada esquema de privatización—en las fórmulas previstas originariamente en el decreto 62/90 de aprobación del pliego para la privatización de la ex Entel, en el sistema de la ley 24.065 de la electricidad, y en el decreto 999/92 que rigiera el servicio de agua y cloacas del área metropolitana otra-
ra privatizado, y que no son desarrollados aquí—al igual que otros marcos regulatorios—en razón de la estricta delimitación antes trazada.

3. Conclusiones

3.1. Una postura minimalista

A partir de la sanción de la ley 25.561—en un plano general—, y un poco antes—en el caso del sector reseñado—, cabe preguntarse, ¿a dónde se dirigen los marcos regulatorios?⁹¹, ¿qué ha quedado de los marcos regulatorios?, específicamente, ¿qué ha sucedido con la garantía de eficiencia que el artículo 42 de la Constitución Nacional fija, en especial para los usuarios al modificarse sobrevinientemente el régimen tarifario?

⁹¹ Se toma la expresión de las reflexiones de BRICHETTO, Marcelo, *¿A dónde se dirigen los marcos regulatorios?*, en SCHEIBLER (coord.), *El Derecho Administrativo de la emergencia IV* cit., ps. 77/80.

A ello se suma la grave neutralización de los entes reguladores –en especial la de los creados por ley y dotados de autarquía– mediante el establecimiento de la intervención previa y necesaria de un funcionario de la administración centralizada respecto de todo acto relativo a la fijación, determinación, ajuste, aumento o reducción de todo precio, tarifa, gravamen, canon, compensación, subvención, arancel, subsidio, tasa o cargo⁹², con lo que el eje tarifas-inversiones se ha desplazado de la esfera del ente especializado a los cuadros políticamente designados de la administración.

En este punto, resulta propicio desandar esa ley, lo cual puede lograrse mediante una simple medida: reinstalar la aplicación de un índice –no extranjero sino argentino– de aplicación automática para reinstaurar una fórmula que todavía está escrita en la normativa mencionada y que, con sustento en la aplicación de aquél, conlleva una forma precisa de exigir eficiencia a la firma. Después de todo, en el Reino Unido tal práctica tiene cerca de dos decenios, independientemente de los Gobiernos conservadores o liberales que se han sucedido desde las privatizaciones impulsadas en la década de los '80.

3.2. Prestación estatal del servicio público

Ahora, desde una perspectiva más amplia, se advierte un cambio en el rol del Estado: de la subsidiariedad que, enraizando en la obra de Alberdi, justificara el dictado de marcos regulatorios para las concesionarias y licenciatarias privadas prestadoras de servicios públicos, se ha regresado –en fin– a la prestación estatal de servicios, en especial, de servicios públicos.

Ello se refleja no sólo en:

- i) La utilización de fondos total o parcialmente estatales para obras de infraestructura de transporte de electricidad⁹³, o

⁹² Res. MPFIPyS 2000/2005 (B. O. del 22-12-2005).

⁹³ Puede verse la ley 25.822, cuyo art. 1º ratifica y establece como de realización prioritaria el Plan Federal de Transporte Eléctrico (Res. SE 174/2000, 175/2000, 178/2000 y 182/2000), que fuera incluido en el art. 49 y anexos de la ley 25.565 y sus fuentes de financiamiento. Dicho art. 49, ley 25.565, aprueba los flujos financieros y el uso de Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente por bienes y/o fondos del Estado nacional para el ejercicio, en cumplimiento del art. 2º, inc. a, ley

- ii) la c
pro
- iii) la c
más
trar
- iv) la r
por
cion
- v) la c
rep
de
- vi) la r
ges

25.152, de r
General de l
cieros que se
sin perjuicio
SE 23/2005,
de las Ampl
el Presupues
inversión pú
p. 3. Cfr. N.
del 19-7-200
⁹⁴ Dec.
de Buenos A
⁹⁵ Ley 2
formación de
actual, en B
Derecho Ad
ps. 12/13.
⁹⁶ Dec.
⁹⁷ Decs.
de las activi
en AA. VV.,
organizadas
2005, ps. 62
⁹⁸ Dec.
sala III, "As
ficación", de
San Martín

- ii) la construcción y explotación de redes por parte de Gobiernos provinciales⁹⁴; sino también en:
- iii) la creación de una productora de propiedad mixta, dotada además de facultades para prestar servicios públicos tales como transporte y distribución de gas y de electricidad⁹⁵;
- iv) la reasunción de la prestación del servicio interurbano de transporte ferroviario de pasajeros de largo recorrido, interjurisdiccional⁹⁶;
- v) la creación de una empresa estatal de correo oficial hasta la reprivatización respectiva⁹⁷ que continúa postergándose a modo de reestatización de hecho;
- vi) la rescisión y transferencia de una concesión a una unidad de gestión operativa hasta tanto se relicite aquélla⁹⁸;

25.152, de responsabilidad fiscal. Este inciso establece que la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional contendrá, entre otros ítems, los flujos financieros que se originen por la constitución y uso de los fondos fiduciarios; todo ello, sin perjuicio de lo prescripto en las leyes 24.156 y 24.629. Véase, asimismo, la Res. SE 23/2005, por la cual se constituye el Fondo Fiduciario para Atender a la Financiación de las Ampliaciones de Transporte, a administrar por CAMMESA. La incidencia en el Presupuesto 2006 se reseña en REBOSSIO, Alejandro, *Aumentarán un 40% la inversión pública en infraestructura*, en diario *La Nación* del 19-9-2005, sección II, p. 3. Cfr. NATALE, Alberto A., *La oscuridad está a la vista*, en diario *La Nación* del 19-7-2005, sección I, p. 19.

⁹⁴ Dec. 1094/2003, del 3-7-2003, suscripto por el Sr. gobernador de la Provincia de Buenos Aires.

⁹⁵ Ley 25.943; dec. 1692/2004. Ampliar en SOBRE CASAS, Roberto, *La transformación de la industria eléctrica en la Argentina. Crisis macroeconómica: Situación actual*, en BOTASSI, Carlos A. (coord.); CICERO, Karina y BLOCH, Denise (colabs.), *Derecho Administrativo*, en Suplemento de J. A. 2006-IV, 1-11-2006, ps. 2/15, esp. ps. 12/13.

⁹⁶ Dec. 1261/2004.

⁹⁷ Decs. 721/2004 y 1758/2005. Ampliar en BALBÍN, Carlos F., *Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado*, en AA. VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2005, ps. 625/637, esp. ps. 629/630.

⁹⁸ Dec. 798/2004. Véanse, asimismo, las medidas cautelares en CNFed.CAdm., sala III, "Asociación Protección Consumidores Transportes Públicos c/EN. M° Planificación", del 14-12-2004, y CNFed.CAdm., sala IV, "Transportes Metropolitanos Gral. San Martín SA", del 16-9-2004.

- vii) el decidido reingreso estatal en la prestación de servicios públicos en tanto socio de socios privados bajo una asociación público-privada⁹⁹;
- viii) la creación de Agua y Saneamiento Argentinos SA¹⁰⁰; entre otras muchas medidas.

3.3. Reflexiones finales

Para aquellos supuestos en los que continúa la prestación del servicio público por firmas privadas, la reconstrucción del medio para asegurar a los usuarios la eficiencia constitucional del artículo 42 de la Constitución Nacional se impone como una asignatura pendiente y de no tan ardua concreción según se vio en este trabajo.

Para los supuestos de prestación estatal del servicio público, esa prestación tendrá arreglo constitucional si asegura el recaudo de eficiencia que, para beneficio de los usuarios, el artículo 42 de la Constitución Nacional establece desde 1994. Dicho recaudo constitucional bien puede ser reglamentado de un modo claro, asequible y beneficioso para los usuarios.

⁹⁹ Dec. 967/2005, art. 2º, inc. d. Como antiguo antecedente de tal posibilidad asociativa, puede verse la ley 24, del 27-6-1855 (publicada en Adla 1852-1880, t. 1-1073, esp. p. 115), que autorizaba al Poder Ejecutivo a conceder el privilegio de la construcción de un ferrocarril (art. 1º), quedando, asimismo, "autorizado para hacerse partícipe de esa empresa como *accionista*, por el número de acciones que le permita el estado del Tesoro Público" (art. 2º).

¹⁰⁰ Dec. 304/2006 (B. O. del 22-3-2006).

1. El am

1.1. Intra

La in
Constituc
excede a
contempl
cional su
"Siri", cc
con el cas
el tema, c
tores, ent
más de ot

Es bie
o "pretor
que debe
supeditad
la carenci
los proce