

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LOS ENTES REGULADORES Y SU CONTROL JUDICIAL

Gustavo Adolfo Martínez
Ariel Darío Lambert

Introducción.

Si bien hemos titulado el presente trabajo *“La Discrecionalidad Administrativa en los Entes Reguladores y su Control Judicial”*, su intención no es aportar nuevas teorías o definiciones en torno a la discrecionalidad administrativa o la potestad de revisión que sobre ella poseen los jueces, acerca de lo cual se han ensayado innumerables trabajos doctrinarios, sino efectuar algunas reflexiones con relación a su ejercicio por parte de los entes reguladores.

No obstante contar con características institucionales diferentes, según la norma que determinó su creación, los entes reguladores han sido definidos como personas administrativas con competencia especial y personalidad jurídica propia, sin que las funciones delegadas en ellos impliquen para la Administración la pérdida de las facultades de tutela ni de las atribuciones derivadas del poder de policía, ni así tampoco de la condición de parte que reviste en el vínculo que la une con el prestatario del servicio público.

Toda vez que su condición jurídica responde a la propia de las entidades autárquicas, pues se trata de descentralizaciones jurídicas del Estado que participan de la naturaleza pública de éste, perteneciendo a su organización administrativa pese a su personalidad diferenciada, también cuentan, para el cumplimiento de sus objetivos, con lo que la doctrina ha dado en llamar *“facultades discrecionales”*.

La diversidad de los fines y atribuciones que la ley les ha conferido puede observarse con claridad en los artículos 2 y 52 de la Ley N° 24.076, que crea el marco regulatorio de la industria del gas. El primero de ellos establece los objetivos para la regulación del transporte y la distribución del gas natural, entre los cuales se incluyen la protección de los derechos de los consumidores, la promoción de la competitividad en los mercados, la igualdad, libre acceso y uso generalizado del servicio, la regulación de las actividades de transporte y distribución de gas natural asegurando que las tarifas sean justas y razonables y el incentivo a la eficiencia y al uso racional del gas natural.

El segundo, enumera las funciones y atribuciones del ENARGAS para su consecución, facultándolo para dictar reglamentos en materia de seguridad y procedimientos técnicos referidos a todos los aspectos involucrados en la prestación del servicio, prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias, aprobar las tarifas, reglamentar los procedimientos sancionatorios a aplicar en caso de violación de la ley y, en general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones.

En idéntico sentido, el artículo 2 de la Ley N° 24.065 establece los objetivos de la política nacional en materia de energía eléctrica, entre los cuales pueden citarse la adecuada protección de los consumidores, la promoción de la competitividad en los mercados de producción y demanda de electricidad, la confiabilidad, igualdad, libre acceso, no

discriminación y uso generalizado del servicio y la promoción de inversiones privadas en la producción, transporte y distribución de energía eléctrica.

A tales efectos, el artículo 56 de la citada Ley, faculta al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) para controlar la prestación de los servicios y el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los contratos de concesión, dictar reglamentos en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, control y uso de medidores y interrupción y reconexión de los suministros, prevenga conductas anticompetitivas, aplicar las sanciones previstas en la Ley y, en general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Como puede observarse, las amplias atribuciones conferidas a estos organismos incluyen facultades cuasi - legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, en tanto los artículos 72 y 66 de las Leyes N° 24.065 y 24.076, respectivamente, establecen su competencia (con algunas diferencias) para aquellos supuestos en los cuales se susciten controversias entre particulares, relacionadas con la prestación del servicio.

En definitiva, quien reglamenta las pautas de actuación de las Licenciatarias, también las fiscaliza, cumpliendo funciones ejecutivas; además, si de los controles ejercidos surge un presunto incumplimiento, también las juzga y les impone una sanción. En otras palabras, reúne todas las funciones esenciales del Estado, sin la observancia del requisito de división de poderes o el reparto de competencias. En su ámbito tiene, por así decirlo, la *“suma del poder público”*.

Seguidamente, en miras a aquellos que no conocen la materia, efectuaremos una breve reseña del concepto de discrecionalidad administrativa, los límites impuestos a su ejercicio y, finalmente, ensayaremos algunas conclusiones y recomendaciones en torno a su utilización por parte de los entes reguladores.

Concepto de “discrecionalidad”.

Dentro de la actividad que despliega la Administración en su función de gobierno, existen casos en los cuales, a efectos de tomar una decisión, solamente debe constatar los presupuestos o requisitos fácticos exigidos por la ley y aplicar la solución que ésta le indique.

Nos encontramos, entonces, en presencia de las llamadas *“facultades regladas”* o de aplicación automática, es decir, aquellas que ejerce la Administración cuando le está vedado elegir entre distintas opciones, ya que la ley estrictamente determina cuál es la que debe adoptarse.

En otros casos, la Administración, efectuando una apreciación subjetiva autorizada expresamente por la ley, puede elegir entre dos o más alternativas igualmente justas y conformes a derecho, extremos que caracterizan a las denominadas *“facultades discrecionales”*.

Asimismo, podemos mencionar que las facultades discrecionales han sido clasificadas teniendo en cuenta el margen de libertad que la ley otorga a la Administración, en: discrecionalidad típica, que son los casos en los cuales su ejercicio no se encuentra condicionado y, por tanto, el órgano administrativo se encuentra facultado para elegir

entre varias soluciones igualmente justas; discrecionalidad atípica, cuando se encuentra acotada a la verificación de un requisito inexpugnable (extremo relacionado íntimamente con los conceptos jurídicos indeterminados que mencionaremos más adelante), en donde la determinación de su existencia no obedece al uso de facultades discrecionales; y discrecionalidad atenuada o restringida, que son aquellos casos en los cuales el margen de elección de la Administración está constreñido a los supuestos predeterminados por la norma.

Los límites impuestos al ejercicio de facultades discrecionales.

Sin detenernos en las múltiples corrientes doctrinarias que tratan el tema o en el análisis de todos los métodos utilizados, a continuación efectuaremos una breve mención a algunos de los factores que actúan como limitantes del ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración.

En primer lugar, superada la dicotomía entre “*actos reglados*” y “*actos discrecionales*”, en tanto los actos con contenido discrecional son en definitiva actos administrativos, no escapan a la observancia de los requisitos esenciales establecidos en el artículo 7 de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos, es decir, aquellos que deben necesariamente concurrir sin vicios para que los actos administrativos sean plenamente válidos y cuya inexistencia, incumplimiento o irregular cumplimiento, necesariamente provocan su invalidez.

Entre ellos, se destaca la competencia, ya que el acto discrecional debe ser dictado por un órgano con facultades suficientes, según la norma aplicable atributiva de dicha competencia; la causa, es decir, que deben sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; el objeto, que debe ser cierto, física y jurídicamente posible, decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos; el respeto por los procedimientos, lo que impone a la Administración el cumplimiento de los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico y, finalmente, la motivación, que no es otra cosa que la expresa declaración de las razones y las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la Administración a dictar el acto.

Traspasada esa barrera, los actos con contenido discrecional no pueden desconocer o contrariar los principios generales del derecho, en tanto su acatamiento se deriva de la juridicidad que debe observar todo acto administrativo.

En tal sentido, pueden citarse los principios de igualdad, dado que le está vedado a la Administración una arbitraria discriminación en el trato de quienes se hallan en paridad de condiciones y tienen aptitud de exhibir una misma situación jurídico - objetiva tutelada, evitando que se realicen apreciaciones discrecionales que generen situaciones privilegiadas o diferencias infundadas (de especial aplicación en materia de selección de contratistas, concursos o exenciones impositivas); razonabilidad, caracterizada como la proporcionalidad entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley; buena fe, en cuando formular engaños o utilizar ardidés para confundir al administrado, implica un ejercicio de la función administrativa contrario a derecho y, finalmente, el respeto por los precedentes, entendiendo como tales a las actuaciones cumplidas con anterioridad que, por su fuerza vinculante obligan al órgano competente a mantener la uniformidad y coherencia para los casos similares posteriores.

Por su constante presencia en los marcos regulatorios de los servicios públicos, resulta oportuno mencionar que uno de los métodos comúnmente utilizados para limitar el accionar de la Administración ha sido la incorporación como condicionante, dentro de la norma que faculta su actuación, de los denominados “*conceptos jurídicos indeterminados*”.

Dicha técnica consiste, sintéticamente, en supeditar el dictado del acto administrativo a la presencia de requisitos cuyo contenido no se encuentra precisado por las normas, tales como “*idoneidad*” u “*orden público*”, los que, para su inteligencia, necesariamente requieren de un proceso interpretativo íntimamente ligado a los hechos que motivan el dictado del acto.

En la Ley N° 24.076 encontramos claros ejemplos de ellos, tales como las “*tarifas justas y razonables*” [artículo 2 inciso (d)], el “*uso racional del gas natural*” [artículo 2 inciso (f)], la “*demanda razonable de servicios de gas*” (artículo 25), los “*costos operativos razonables*” [artículo 38 inciso (a)] o el “*mínimo costo para los consumidores compatible con la seguridad del abastecimiento*” [artículo 38 inciso (d)].

Consecuentemente, hemos considerado pertinente detenernos brevemente en uno de los conflictos que han surgido de la utilización de esta metodología, el cual radica en precisar si la integración de los conceptos jurídicos indeterminados (es decir, su relación con los hechos y la determinación o no de su existencia) significa en sí misma el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración o si bien, por el contrario, ello implica una cuestión relacionada con la aplicación del derecho y, por tanto, plenamente accesible al control judicial.

En este sentido, compartimos con gran parte de la doctrina que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten múltiples soluciones igualmente justas disponibles para la Administración, sino sólo una en cada supuesto. En consecuencia, su existencia, como condicionante del dictado del acto administrativo, no debe reputarse como elemento discrecional sino reglado y, por tanto, sujeta a su control por parte de los jueces.

Sobre el particular, resulta de singular claridad un fallo del Tribunal Supremo Español, en cuanto manifiesta que:

“... las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma concreta, mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública, etc.), es configurado por la ley como un supuesto concreto, de tal forma que solamente se de una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, como ocurre en el caso de actuación del jurado de expropiación, que, como organismo encargado de aplicar el concepto indeterminado de justo precio a los bienes expropiados, no es libre de decidir, a través de un proceso volitivo de discrecionalidad, entre varios posibles justos precios, sino que, realizando un proceso de juicio o estimación, ha de atenerse necesariamente, sin libertad de decisión, a las circunstancias y características reales que ha de calificar y al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado al concepto de precio justo, para determinar, a través de su valoración, no cualquier posible justo precio, sino el precio que real y efectivamente sea el verdadero y justo, y por ello dicha función, al no admitir más que una solución

adecuada y conforme a la norma, constituye un proceso de subsunción de la categoría de justo precio en el supuesto normal de aplicación del derecho”.

La revisión del ejercicio de las facultades discrecionales en sede judicial.

Antaño, prevalecía la idea de que la Administración podía hacer todo aquello que la ley no prohibía y se excluía del control judicial al llamado “*acto discrecional*”, entendido como tal a todo acto administrativo en el cual se vislumbrara el ejercicio de facultades discrecionales.

Hoy en día, puede afirmarse que conceptualmente no existen actos discrecionales o reglados, cualitativamente diferentes uno de otro. Se advierte con claridad, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, el abandono del concepto de acto discrecional en “*bloque*”, afianzándose la existencia de solamente “*actos administrativos*”, en los cuales coexisten elementos reglados y discrecionales en mayor o menor medida. La idea de que la actividad administrativa desplegada en uso de facultades discrecionales se encuentra ajena a toda revisión judicial, ha sido dejada atrás, ya que la vigencia del principio de legalidad, determinante de todo estado de derecho, ha sentado reglas inexpugnables para la Administración. En tal contexto, estando instituida la jurisdicción contencioso – administrativa para el control jurisdiccional de la legalidad de la función administrativa del Estado, resulta procedente el control de todos los actos dictados en su ejercicio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, citando a prestigiosos doctrinarios, ha tenido la oportunidad de expresarse sobre el particular, indicando que la discrecionalidad con la que cuenta la Administración, no implica en absoluto que ésta se encuentre al margen del orden jurídico o que no resulte fiscalizable. Si bien en el ejercicio de ciertas funciones se admite un núcleo de libertad, no puede desconocerse una periferia de derecho, toda vez que la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica conferirles el poder para “*girar los pulgares para abajo o para arriba*”, en tanto ello llevaría a consagrar una verdadera “*patente de corso*” a favor de la Administración.

Las consecuencias prácticas que esta distinción ha tenido en el marco de la actividad contencioso - administrativa son fundamentales, ya que ha abierto la puerta para indagar en la legalidad de los elementos reglados de los actos administrativos emitidos en uso de facultades discrecionales.

En lo que respecta a la posibilidad de solicitar la revisión judicial de los actos administrativos, creemos que, aún en los casos en los cuales registren un marcado componente discrecional, ella discurre sin limitación alguna de los principios rectores que emanan de la Constitución Nacional.

En tal sentido, en nuestro sistema jurídico rige el principio de la plena judiciabilidad de las causas en que son parte las diferentes administraciones públicas. De otro modo, no existiría la protección judicial efectiva, que en nuestro sistema constitucional constituye una garantía innominada con fundamento en el precepto contenido en el artículo 33 de la Constitución Nacional, la cual resultaría conculcada si se permitiera la configuración de ámbitos exentos del control judicial.

Con relación al alcance de la potestad de revisión, no existen zonas dentro de la actividad administrativa excluidas del control jurisdiccional. Los jueces, además de velar por el cumplimiento de los elementos esenciales del acto administrativo establecidos en el

artículo 7 de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos, deben comprobar que la Administración, en el ejercicio de las facultades discrecionales, no haya incurrido en irrazonabilidad o arbitrariedad, pues va de suyo que, de ser así, no nos encontraríamos ante la elección de una alternativa entre dos o más posibilidades igualmente justas, elemento determinante para que el núcleo discrecional de un acto administrativo sea irrevisable por los jueces.

La consagración normativa del principio de plena judiciabilidad, además de constituir una derivación de nuestros principios constitucionales, se vislumbra de los artículos 23 a 25 de la Ley N° 19.549, en cuanto establecen, sin limitación alguna, la facultad del administrado de solicitar al Poder Judicial la revisión de todo tipo de actos administrativos.

Ya en lo que respecta a la posibilidad de solicitar la revisión judicial de las decisiones regulatorias, debemos destacar, por ejemplo, que el artículo 65 de la Ley N° 24.076 establece que en las relaciones entre el ENARGAS y los particulares, se aplicarán las previsiones de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos. Por tanto, la vía jurisdiccional se encuentra plenamente disponible.

Además, de los artículos 66, 70 y 73 de la citada Ley N° 24.076 surge expresamente la posibilidad de recurrir cualquiera de sus decisiones, es decir, aquellas tomadas en virtud de sus facultades jurisdiccionales o en ejercicio de sus atribuciones reglamentarias o de fiscalización y control, tengan o no componente discrecional.

En idéntico sentido ha sido diseñado el procedimiento de control jurisdiccional en el marco regulatorio de la energía eléctrica (artículos 71 a 76 y 81 de la Ley N° 24.065).

Asimismo, nos parece oportuno mencionar que el artículo 69 de la Ley N° 24.076 establece la posibilidad de acudir a la Justicia Federal en aquellos casos en los cuales el ENARGAS o alguno de los miembros de su Directorio, incurran en actos que impliquen un exceso en el ejercicio de las atribuciones conferidas o se registre un incumplimiento de las funciones u obligaciones a su cargo.

Esto último implica, a nuestro entender, un importante avance legislativo con relación al papel que le cabe a la justicia en el control de la discrecionalidad, ya que, además de consagrar el derecho del administrado de solicitar su intervención en casos en los cuales a través del dictado de un acto administrativo definitivo se configure un abuso o exceso en su ejercicio, también lo otorga para aquellos supuestos en los cuales, a través de la inacción del órgano (si se quiere, una forma de ejercer facultades discrecionales), se afecten los derechos de los particulares o se atente contra el efectivo cumplimiento de sus funciones.

Como mencionáramos en párrafos precedentes, el artículo 7 de la Ley N° 19.549, más precisamente su inciso (a), impone que los actos administrativos sean dictados por “*autoridad competente*”. En este sentido, la regla conocida como “*principio de especialidad de la competencia*”, emerge como una de las garantías fundamentales del derecho administrativo contemporáneo, en cuanto representa el principal límite jurídico puesto a la sobreactuación de la Administración.

Sobre el particular, nuestra Corte Suprema de Justicia entiende que, en el orden jurídico administrativo, la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales. Ello, a punto tal que la competencia no se configura como un límite externo a tal actuación, sino como un presupuesto de ella, en virtud de la

vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico y que, por tanto, debe ser interpretada con carácter estricto.

En lo que atañe a los entes reguladores, como cualquier otro órgano de la Administración, no poseen competencia para actuar fuera del marco de especialidad que les reconocen las normas atributivas de competencia. Este límite comprende tanto las facultades atribuidas por las normas en forma expresa, como aquellas derivadas directamente del cumplimiento de los fines en miras a los cuales fueron creados.

No obstante la aparente claridad conceptual del tema, su aplicación por parte de algunos entes reguladores no ha sido pacífica, ya que las normas que dispusieron su creación incorporaron previsiones de excesiva amplitud, dejando abierta la puerta para que tomaran cartas en asuntos de la más variada índole, relacionados en forma directa o indirecta con la prestación de los respectivos servicios.

En tal sentido, si bien con alguna diferencia, pueden citarse como ejemplo los artículos 72 de la Ley N° 24.065 y 66 de la Ley N° 24.076, en cuanto, con algunas diferencias, disponen que toda controversia que se suscite entre los sujetos que participan en los respectivos sectores, así como todo tipo de terceros interesados, con motivo de la prestación del respectivo servicio, deberán ser sometidas a la jurisdicción de los entes reguladores.

Al efecto, el inciso (s) del artículo 56 de la Ley N° 24.065 y el inciso (x) del artículo 52 de la Ley N° 24.076 disponen, en idénticos términos, que tanto el ENRE como el ENARGAS podrán *“... en general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación”*.

De la letra de la ley, pareciera surgir que dichos entes reguladores poseen jurisdicción para resolver todo tipo de cuestiones relacionadas con la prestación del servicio (ya sea entre los sujetos de la industria o terceros vinculados con ellos) y que, en pos del cumplimiento de sus funciones, se encontrarían habilitados para la ejecución de cualquier tipo de actos.

En ese contexto, ¿podría pensarse, entonces, que deben intervenir en asuntos tales como la determinación de los daños y perjuicios sufridos por un cliente en un caso de corte del suministro improcedente o el cobro compulsivo de deudas derivadas de la prestación del servicio, determinando para ello los montos indemnizatorios u ordenando embargos o ejecuciones ...?

Al respecto, el Poder Judicial, realizando una interpretación de las normas transcriptas que creemos atinada, ha fijado límites a la esfera de competencia jurisdiccional de los entes reguladores, acotándola a aquellos supuestos en los que se diriman cuestiones suscitadas a propósito de las *“materias propias del servicio público específico que regulan”*. Así, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, estableció en un caso particular que:

“... la atribución jurisdiccional asignada al ente por el art. 66 de la ley 24.076 se ciñe a las controversias suscitadas a propósito de las materias propias del servicio público de gas [...]



Que es manifiesto, entonces, que el ente regulador no podía invocar una norma amplia que es el art. 52, inc. x de la ley [...] para resolver su encuadre como propia de competencia jurisdiccional ...”.

Otro ejemplo que vale la pena comentar con relación al tema que nos ocupa, ya sin particular referencia a la competencia de los entes reguladores, es la revocación de la Resolución ENARGAS MJ N° 66/95 por parte de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por la que el Tribunal, si bien sustentó su fallo en cuestiones de derecho (la aplicación retroactiva de una norma), ingresó en la evaluación de cuestiones eminentemente técnicas.

El acto administrativo en cuestión fue dictado por el ENARGAS en el marco de un reclamo efectuado por una asociación vecinal. En la definición de la cuestión, el ente regulador, entre otras cosas, instruyó a una distribuidora a fin de que elaborara un cronograma de trabajo tendiente a disminuir el plazo estipulado en una norma técnica para el uso de una aplicación específica utilizada a efectos de determinar el estado de corrosión / espesor de los gasoductos.

La instrucción cursada por el ENARGAS se sustentó en la incorrecta interpretación de la normativa técnica, en cuanto ésta disponía la obligatoriedad de utilizar la citada aplicación solamente en un determinado tipo de cañerías, cuando la distribuidora de gas de la zona no contaba con conductos que revistieran tal condición. Por otra parte, la misma norma técnica invocada por el ente regulador para sostener su decisión, claramente establecía que su aplicación no podía ser retroactiva, en el sentido de que sus previsiones no debían observarse en caso de que para ello fuera necesario alterar el diseño o las presiones de operación de las cañerías existentes.

Así, en lo que podría considerarse como una *“bocanada de aire puro”*, en cuanto a la excepción que significó respecto del principio general sustentado hasta ese momento por nuestros Tribunales, la Sala IV, sobre la base de los informes y dictámenes de consultores técnicos y operadores internacionales de la industria aportados, determinó que el diámetro de la cañería y la presión a la que circula el gas tornan imposible el pasaje de la herramienta y que, sumado al hecho de que su utilización implicaría una modificación sustancial de la red de distribución, ello implicaría violar los términos de la norma técnica invocada por el ente regulador.

Como puede observarse, la controversia, si bien con marcados componentes de derecho (la retroactividad de la normativa técnica a la que aludiéramos), estuvo condicionada por una cuestión eminentemente técnica (la clasificación de las cañerías y la posibilidad de que en las mismas pudiera pasarse una herramienta específica), sopesada por el Tribunal al momento de emitir su decisión.

Este, es un claro ejemplo de cómo un amplio y reflexivo examen del Poder Judicial sobre la legalidad y la razonabilidad de las decisiones regulatorias, puede evitar lo que, en palabras del Tribunal, hubiera significado no sólo *“grandes erogaciones [...] a la empresa licenciataria”*, sino también *“notorios perjuicios [...] para la comunidad”*.

Conclusiones y sugerencias de *lege ferenda*.

En las líneas precedentes hemos desarrollado el concepto de discrecionalidad, los límites impuestos a su ejercicio y la actual tendencia a su revisión por parte del Poder Judicial,

extremos que, como parte de la Administración, resultan plenamente aplicables a la actuación de los entes reguladores.

Una de las características principales de la regulación es que sus marcos normativos, en algunos aspectos, contienen reglas y principios de carácter general que no dan adecuada respuesta a las nuevas situaciones de hecho que la propia dinámica de la actividad generan, dejando, por tanto, librado al ente regulador la facultad de dictar, a efectos de su reglamentación, actos administrativos con gran contenido discrecional.

Sobre este punto, lamentablemente debemos mencionar que, generalmente, tanto las Licenciatarias de distintos servicios públicos, como los respectivos usuarios, han sentido afectados sus derechos ante alguna nueva normativa o decisión adoptada por los entes reguladores.

En tal sentido, durante los últimos tiempos hemos presenciado una intensa actividad jurisdiccional en torno al accionar de los entes reguladores, así como también la sistemática apelación por parte de las Licenciatarias a la Alzada Administrativa, tendiente a revertir decisiones calificadas de inapropiadas y, hasta en algunos casos, de arbitrarias y contrarias a la letra y el espíritu de los distintos marcos regulatorios. En el ámbito de la industria del gas natural pueden citarse, como ejemplo, el rechazo del traslado del precio de compra del gas en boca de pozo, las resoluciones que reglamentaron la actividad de los comercializadores o los conflictos suscitados en torno a la revisión quinquenal de tarifas, la continuidad de los operadores técnicos y el respeto a las obligaciones asumidas, todos ellos pendientes de resolución definitiva.

Para evitar estas situaciones, es exigible a los entes reguladores que, como contrapartida a los amplios márgenes de discrecionalidad atribuidos por la ley, extremen aun más que el resto de la Administración el cuidado de la legalidad de sus actos y la aplicación del principio de razonabilidad.

A tales efectos, deberían ceñir su actuación a aquellas cuestiones propias del servicio público, evitando un excesivo intervencionismo en las relaciones comerciales Licenciatarias – clientes, en tanto no se violen los marcos regulatorios o se configuren supuestos de abuso de posición dominante; sus decisiones deberían ser técnicamente adecuadas y buscar, además de una mejora en la calidad y los costos del servicio y un racional aprovechamiento de los recursos por parte de las Distribuidoras. Todo ello, sujeto rigurosamente a los criterios rectores y a los procedimientos establecidos en los marcos regulatorios, de forma tal que el ejercicio de las facultades discrecionales no menoscabe el debido proceso adjetivo o el derecho de defensa.

La complejidad de sus funciones, la concurrencia de la citada *“suma del poder”* y los amplios márgenes de discrecionalidad otorgados para su ejercicio, la *“tecnificación”* de sus agentes y las posibilidades de interactuar con los principales agentes de la industria a regular, constituyen los cimientos de nuestra afirmación. En palabras del prestigioso profesor Gaspar Ariño Ortiz, las decisiones regulatorias *“... tienen siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración ordinaria. Justamente por ello, es exigible una amplia motivación de los mismos”*.

Al respecto, lamentablemente debe destacarse que, salvo algunas excepciones, la conducta esperada de los entes reguladores no se ha visto reflejada en sus decisiones. En la intensa actividad jurisdiccional que mencionáramos existen los ejemplos en los

cuales la justicia, tanto a petición de los usuarios como de las Licenciatarias, ha debido revocar decisiones regulatorias por considerarlas contrarias a derecho.

También debe mencionarse que la revisión en el ámbito de la Alzada se ha transformado prácticamente en una quimera. Del resultado de los recursos interpuestos ante el Ministerio de Economía, como autoridad de revisión de las decisiones de los entes reguladores, se desprende que, salvo contadas excepciones, dicha dependencia ha decidido no ingresar en el estudio de las cuestiones llevadas a su entendimiento, en tanto no se alegue y compruebe la existencia de arbitrariedad, extremo que resulta de aplicación restringida y de dificultosa acreditación.

Ello, sumado a las deficiencias estructurales que según los críticos aún registran nuestros entes reguladores (sobre el particular, la falta de independencia política ha sido tal vez uno de los aspectos más señalados por quienes han censurado su actuación), genera la necesidad de que el Poder Judicial sea más riguroso en el examen de los elementos reglados y avance en la revisión de la razonabilidad en el ejercicio de las facultades discrecionales.

En esa línea, dentro del tipo de decisiones con presencia discrecional que adoptan los entes reguladores, podemos distinguir, esencialmente, las derivadas de sus facultades jurisdiccionales y aquellas relacionadas con la reglamentación de cuestiones vinculadas a la prestación del servicio.

El primero de los casos es un aspecto cuestionado por la doctrina jurídica, ya que el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a los entes reguladores viola lo establecido en el artículo 109 (ex 95) de la Constitución Nacional, en cuanto prohíbe al Presidente de la Nación (y, por tanto, a las dependencias o entes que dependen de él) ejercer funciones judiciales.

No obstante el pragmatismo que puede haber movido a los legisladores, creemos que, por el actual contexto institucional de los entes reguladores y las características del proceso administrativo al cual están sometidos, el ejercicio de tales funciones debería estarles vedado o, al menos, acotado.

Un funcionario administrativo o, en el mejor de los casos, los responsables de un ente regulador, no poseen la formación jurídica necesaria para conducir un proceso en el cual las partes debaten sus derechos y obligaciones, máxime cuando, por imperio de la ley, uno de sus objetivos consiste en proteger los derechos de los consumidores y no el guardar la imparcialidad que necesariamente debe observar todo procedimiento jurisdiccional. Como cabal muestra de ello, podemos mencionar la disposición de medidas cautelares o apercibimientos de aplicación de “*astreintes*” efectuados por sus funcionarios, lo cual resulta decididamente cuestionable.

Nos sumamos a las voces que advierten con preocupación la inexistencia de normas que regulen específicamente procedimientos de naturaleza jurisdiccional en sede administrativa y que, la aplicación de las pautas establecidas por la Ley N° 19.549, resultan insuficientes y limitan la garantía constitucional del debido proceso de quienes participan en ellos.

Sería propicio modificar la actual legislación en el sentido de dejar claro que la pretendida facultad jurisdiccional se trata solamente de una etapa prejudicial y, que la posterior actuación ante los tribunales de justicia, sea plena, con amplitud de debate y prueba

sobre las alegaciones de hecho y de derecho efectuadas en sede administrativa y sobre toda cuestión que se quiera incluir en el planteamiento.

En lo que atañe a la industria del gas natural, a ello debe sumársele la modificación introducida por el Decreto N° 692/95 al régimen recursivo previsto originalmente en el Decreto 1738/92 reglamentario de la Ley N° 24.076, en cuanto dispuso que los recursos previstos en el artículo 66 serán concedidos al solo efecto devolutivo. A poco de analizar los considerandos de la norma, se advierte que los motivos de dicha medida radican en que, en muchos casos, *“el ejercicio de la vía recursiva con efectos suspensivos puede tornar ilusoria la decisión del ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS”*.

Si bien es consagrado normativamente y aceptado por la jurisprudencia que en ciertos casos en los cuales se encuentra comprometido el orden público se concedan los recursos a efectos devolutivos (como por ejemplo, las apelaciones contra las decisiones del Directorio del Banco Central de la República Argentina), lo cierto es que ello no debería extenderse a los supuestos contemplados en el artículo 66 de la Ley N° 24.076, en cuanto éstos comprenden exclusivamente conflictos entre particulares, en donde no vemos amenazado el *“orden público”* que se tuvo en miras tutelar y, por tanto, la necesidad de apartarse de los principios generales en materia recursiva.

Al respecto, hubiera resultado conveniente mantener el régimen establecido por el Decreto N° 1738/92, en cuanto, si bien consagraba el carácter suspensivo de los recursos, otorgaba la facultad al ENARGAS para que, en los casos que se registraran *“graves e impostergables razones de interés público”*, pudiera solicitar al Tribunal la inmediata ejecución de la decisión, siempre y cuando ello no causare gravamen irreparable al apelante.

En cuanto a las atribuciones reglamentarias que poseen los entes reguladores, creemos que, para superar los cuestionamientos referentes a los eventuales abusos en el ejercicio de sus facultades discrecionales, deberían, fundamentalmente, propiciarse procedimientos tendientes a crear consenso entre los diversos actores de la industria cuando se trate de establecer lineamientos de carácter general que afecten en forma sustancial la prestación del servicio.

Sobre el particular, en oportunidad de reseñar el concepto de discrecionalidad, mencionamos como uno de sus elementos esenciales, la facultad de la Administración de optar entre dos o más alternativas *“igualmente justas”*, entendiéndose como tales a aquellas que responden a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En consecuencia, creemos indispensable que el Poder Judicial avance sobre la evaluación de la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones regulatorias, máxime cuando la elección de un camino técnicamente incorrecto o inapropiado puede significar una carga de costos innecesarios para las Licenciatarias sin beneficios adicionales para los usuarios, circunstancias que, de más está decir, descartaría el carácter de *“igualmente justa”* que aparta a las decisiones discrecionales de la revisión jurisdiccional.

En lo que respecta al proceso de creación de las normas de carácter general, la apertura, el debate y la transparencia en las etapas previas a su emisión, creemos es de vital importancia.

En este sentido, a efectos de incentivar la transparencia, fomentar la participación ciudadana y como una garantía correlativa a la discrecionalidad otorgada a los entes

reguladores, el legislador ha impuesto en ciertos casos la obligatoriedad de realizar Audiencias Públicas, tendientes a debatir abiertamente la conveniencia de las decisiones y valorar las opiniones e intereses de los posibles afectados.

Si bien han sido un importante avance en pos de dotar de transparencia a las acciones de gobierno e imponer en ellas una mayor participación ciudadana, lo cierto es que esos objetivos en la práctica no han sido alcanzados, ya que en la mayoría de los casos no han dejado de ser un mero formalismo, sin contribuir a enriquecer el debate o a extraer conclusiones trasladables al plano real. Ello, a tal medida de presumirse que, en algunos supuestos, su realización fue consecuencia del mero cumplimiento de un requisito formal previo a una decisión ya adoptada.

Ante la ineficacia del sistema actual, surge la necesidad de replantar los criterios de implementación o evaluar nuevos mecanismos de publicidad y debate. En tal sentido, por ejemplo, una alternativa útil podría ser la generalización de los denominados “*documentos de consulta*”, es decir, la distribución entre los sujetos de la industria de los proyectos de resoluciones o normativas de alcance general a efectos de que éstos puedan efectuar observaciones o sugerencias.

Dicha metodología se encuentra prevista en el Decreto N° 1738/92 al tratar la reglamentación de los artículos 65 a 70 de la Ley N° 24.076 y ha sido utilizada asiduamente por el ENARGAS. Si bien no se encuentra sujeta a ningún procedimiento formal ni es garantía de que posteriormente no se dicte un acto contrario a derecho, al menos constituye un elemento más en la búsqueda de soluciones consensuadas.

Como observación común a la revisión en sede judicial de ambos tipos de decisiones, debe decirse que, en lo que respecta a la doble instancia que debe necesariamente existir a efectos de reguardar el derecho de defensa, si bien las Leyes N° 24.065 y N° 24.076 contemplan la posibilidad de ocurrir por vía de apelación ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, impiden “*per se*” un control judicial amplio, no sólo porque el procedimiento nacional no permite en segunda instancia la amplitud del proceso de la primera, sino porque los jueces, con alguna excepción, se han negado a “*ordinarizar*” el proceso, aún en cuestiones técnicamente complejas que escapaban al conocimiento del Tribunal.

Ello ha llevado, lamentablemente y en un gran porcentaje de los casos, a la ratificación por parte de la Justicia de todos los actos emitidos por los entes reguladores, con la conocida fórmula “*por sus fundamentos y en función de las facultades que le han sido reconocidas*”, en lo que a nuestro entender significa un claro menoscabo al derecho de defensa consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Ya para finalizar, creemos que la transformación que demanda el actual esquema de regulación requiere no sólo innovaciones institucionales, normativas o un mayor compromiso del Poder Judicial en la revisión del ejercicio de las facultades discrecionales por parte de los entes reguladores, sino un cambio de mentalidad de sus actores orientado a superar el actual esquema de confrontación.

No debe olvidarse que, en gran medida, los éxitos o fracasos de la regulación dependerán de la solvencia, integridad y legitimidad con que cuenten las decisiones de los entes reguladores, por lo que la barrera que impone la amplitud y obsolescencia de las normas concebidas por los legisladores durante el proceso de privatización debe superarse con creatividad, cuidando denodadamente que no se alteren los elementos que

puedan influir en la ecuación económico financiera de las prestatarias, de forma tal de incentivar la innovación tecnológica, el desarrollo y la expansión de los sistemas sin menoscabar la seguridad jurídica de los actores de la industria.

En definitiva, se trata de instaurar el sentimiento generalizado de que, si bien como toda organización compuesta por seres humanos, los entes reguladores resultan falibles, los yerros o equivocaciones no responden a motivaciones políticas o decisiones inconsultas y que no obedecen a otros intereses que el progreso constante en pos de alcanzar las expectativas que mueven a los dos extremos de la industria, es decir, el bienestar en los usuarios y la obtención de beneficios razonables por parte de las empresas prestatarias.

El adecuado tratamiento de los conflictos entre los actores de la industria, la instauración de mecanismos tendientes a fomentar la transparencia y el consenso en la toma de decisiones, la independencia política y la calificación técnica de sus funcionarios y el hecho de que, ante una elección equivocada, los perjudicados cuenten con medios efectivos para impedir el avasallamiento de sus derechos, creemos serán factores determinantes a efectos de lograr que los entes reguladores puedan contar con legitimidad en el ejercicio de sus funciones, cuya presencia será condición *“sine qua non”* para que el núcleo discrecional de sus decisiones no sea cuestionado.

Un avance en tal sentido, entendemos, será un factor decisivo para apuntalar la alicaída seguridad jurídica, consolidar la confianza en nuestras instituciones y afianzar la vigencia del Estado de Derecho. Ello, a su vez, constituirá un elemento determinante a efectos de lograr que tanto el sentido de las normas como la conducta de los encargados de velar por su cumplimiento sean *“previsibles”*, componente irremplazable de cualquier proceso de transformación tendiente a alcanzar el desarrollo económico de un país.