



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FINAL DE MAESTRÍA

**LA FUNCIÓN “REGULADORA” DE LOS ENTES
REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Ignacio Magnani (Maestrando)

Mgter. Juan Facundo Díaz Araujo (Director)

Mendoza, Año 2025

INDICE GENERAL

Introducción

La problemática de los entes reguladores de servicios públicos en la Argentina	4
--	---

Capítulo I

Los entes reguladores de los servicios públicos

1.1 Antecedentes históricos	8
1.2 Debate sobre la creación de los entes reguladores en Argentina	14
1.3 Hacia una definición de los organismos de control de los servicios públicos	18

Capítulo II

La regulación de los servicios públicos

2.1 La noción de servicio público	22
2.2 La necesidad de regular los servicios públicos y su diferencia del control	27
2.2.1 Hacia un nuevo planteo: el que regula no debe controlar	32
2.3 La competencia para dictar regulación según nuestra Constitución Nacional	35
2.3.1 La buena regulación	38
2.4 Las facultades de los organismos de control según la Constitución Nacional	43

Capítulo III

Las políticas públicas en la regulación

3.1 Las políticas públicas	48
3.2 Un nuevo enfoque	50
3.3 La regulación de los servicios públicos en el marco de las políticas públicas	51
3.4 La competencia de los organismos de control para definir las políticas públicas	54

Capítulo IV

La independencia funcional y su relación con el poder ejecutivo

4.1 La independencia funcional de los organismos de control de los servicios públicos	57
4.2 Análisis del fallo 'Estrada'	59
4.3 Derecho comparado: La independencia de las agencias reguladoras en Estados Unidos y el Reino Unido	62
4.4 Las facultades regulatorias como obstáculo para alcanzar la independencia funcional	65
4.5 Análisis del Control de Legalidad en los Entes Reguladores de Servicios Públicos en la Provincia de Mendoza	68

Metodología	74
--------------------	----

Conclusiones	77
---------------------	----

Bibliografía	80
---------------------	----

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar con profundidad el rol actual de los organismos de control de los servicios públicos en la Argentina, prestando particular atención a su función esencial de control y diferenciándola claramente de la función regulatoria.

El objetivo primordial es demostrar que la independencia funcional de estos organismos de control constituye una condición indispensable para la transparencia, eficacia y legitimidad del Estado en el ámbito de los servicios públicos, todo ello conforme al mandato constitucional que surgió a partir de la reforma constitucional de 1994.

La Constitución Nacional, tras su reforma, incorporó en el artículo 42 un reconocimiento expreso a los derechos de usuarios y consumidores, así como la exigencia específica de establecer 'organismos de control' que velen por la adecuada prestación de los servicios públicos.

Esta incorporación no solo significó una ampliación de derechos de incidencia colectiva, sino también un cambio cualitativo en la manera en que el Estado argentino concibe la relación entre la Administración y los ciudadanos. Al reconocer la necesidad de organismos de control independientes, el constituyente de 1994 buscó limitar los excesos de la administración central y fortalecer la defensa de los usuarios frente a prácticas abusivas, ineficiencias o deficiencias en la prestación de servicios esenciales. Asimismo, limitó la capacidad y estableció la naturaleza jurídica de los mismos.

En este marco, surgieron propuestas doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas orientadas a garantizar la autonomía de estos entes, especialmente frente al Poder Ejecutivo. Sin embargo, la experiencia argentina muestra que, lejos de alcanzarse ese ideal, los organismos de control han transitado por períodos prolongados de debilidad institucional, falta de independencia y crisis funcionales que obstaculizaron el cumplimiento efectivo de sus mandatos constitucionales. Dichas falencias no son meramente coyunturales, sino estructurales, y tienen como origen principal la confusión entre dos competencias que deberían estar claramente separadas: la regulación y el control.

Uno de los factores más significativos en esta problemática se encuentra en la forma en que los marcos regulatorios de los años noventa concibieron a estos

organismos, atribuyéndoles indistintamente funciones de regulación y de control. Tal diseño normativo, reforzado por interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, generó un escenario en el que organismos creados para fiscalizar y garantizar legalidad, imparcialidad y neutralidad terminaron ejerciendo funciones regulatorias que corresponden al Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. En consecuencia, se desnaturalizó su esencia institucional, debilitando su capacidad para ejercer la función de control de manera independiente.

Casos paradigmáticos, como la intervención sostenida del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) o del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), son ejemplo de esta problemática. La reciente unificación de ambos organismos en el denominado Ente Nacional Regulador del Gas y la Electricidad (ENERGASyE), dispuesta por la Ley de Bases (art. 161 de la Ley N° 27.742), ilustra con claridad cómo el Poder Ejecutivo mantiene un nivel de injerencia incompatible con la autonomía técnica y decisional que exige el artículo 42 de la Constitución. En lugar de consolidar una estructura más sólida e independiente, se ha reforzado un esquema que favorece la centralización y, en última instancia, la politización de la función de control.

Frente a este panorama, la tesis que aquí se desarrolla parte de la premisa de que resulta indispensable redefinir conceptualmente a estos organismos. Es decir, reconocerlos en su verdadera naturaleza como 'organismos de control', diferenciándolos de los 'entes reguladores'.

Consideramos que esta distinción es clave atento que, mientras la regulación implica la adopción de políticas, reglas técnicas y lineamientos generales que guían el funcionamiento del servicio, el control tiene como misión fiscalizar el cumplimiento de esas reglas, imponer sanciones cuando corresponda y garantizar la legalidad de los actos administrativos.

Como veremos a lo largo de este trabajo, ambas funciones, si bien son complementarias, son de naturaleza distinta y exigen instrumentos, enfoques y mecanismos específicos. Su coexistencia en un mismo organismo genera un conflicto estructural que inevitablemente atenta contra la neutralidad que debería caracterizar al control.

En este sentido, la separación entre regulación y control no es un mero tecnicismo, sino una exigencia derivada de la lógica institucional que se desprende de la Constitución. El artículo 42, al disponer a los organismos de control como

garantes de los derechos de los usuarios, no los concibió como reguladores de la actividad económica, sino como vigilantes de legalidad, imparcialidad y protección de los usuarios y consumidores.

La confusión entre ambas funciones, perpetuada durante décadas, ha derivado en una erosión de la legitimidad de los organismos de control, que en muchos casos han terminado siendo percibidos por la sociedad como simples extensiones del Poder Ejecutivo, más que como defensores de los usuarios.

La propuesta que se desarrolla a lo largo de este trabajo consiste, en consecuencia, en afirmar que los organismos de control deben dedicarse exclusivamente a las funciones de fiscalización, sanción y resolución de conflictos, tal como lo prevé la Constitución en el artículo 42.

La regulación, en cambio, debe permanecer en la órbita del Poder Legislativo, o del Poder Ejecutivo, ya sea a través de organismos centralizados o descentralizados específicamente diseñados para tal fin. Esta desvinculación permitiría no solo fortalecer la independencia funcional de los organismos de control, sino también optimizar la calidad de la regulación para alcanzar 'la buena regulación' al someterla a un control externo y especializado que asegure su adecuación a los principios de legalidad y constitucionalidad.

Al implementar esta teoría, se contribuiría a resolver una discusión recurrente en el ámbito doctrinario, legislativo y judicial, aportando claridad conceptual y coherencia institucional. Asimismo, se avanzaría hacia un diseño institucional más armónico con los principios de división de funciones y control de poder que inspiran a todo Estado de derecho.

En definitiva, la verdadera garantía de una buena regulación no reside únicamente en la calidad técnica de las normas emitidas, sino también en la existencia de un control independiente que las fiscalice y limite el poder del Ejecutivo.

El presente trabajo, en línea con lo expuesto, se organiza de la siguiente manera:

En primer lugar, se analizarán los antecedentes históricos y normativos que llevaron a la configuración actual de los entes reguladores de los servicios públicos, con especial atención a los procesos de privatización y desregulación de los años noventa.

En segundo lugar, adoptando una noción amplia de servicio público, analizaremos las competencias otorgadas por nuestra Constitución Nacional referidas al control y la regulación de los mismos.

En tercer lugar, analizaremos el abordaje de las políticas públicas y su vinculación con la regulación en la prestación de los servicios para concluir el órgano competente para definirlos.

En cuarto lugar, abordaremos la necesidad de la independencia de los organismos de control de los servicios públicos y cuales son los rediseños necesarios para alcanzarlo.

Todo lo expuesto, recurriendo tanto a la doctrina como a la jurisprudencia relevante y exponiendo las diferentes posturas al respecto.

Como se advertirá en el trabajo, se presentará en cada capítulo, como respuesta a diversos interrogantes que iremos haciendo, la propuesta de separación funcional entre regulación y control y su enfoque en la temática abordada, argumentando su coherencia con el mandato constitucional y su potencial para fortalecer la transparencia, legitimidad y eficacia de la intervención estatal en los servicios públicos.

En definitiva, en este trabajo se propone no solo realizar un análisis crítico de la situación actual de los organismos de control, sino también ofrecer una propuesta superadora que, desde una perspectiva jurídico-constitucional, contribuya a un Estado más eficiente, transparente y respetuoso de los derechos de los usuarios.

CAPÍTULO I

LOS ENTES REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1.1 Antecedentes históricos.

Para comprender mejor qué entendemos por 'entes reguladores' y si estos son lo mismo que los 'organismos de control' en materia de servicios públicos, pudiendo en tal caso ostentar en un mismo ente facultades simultaneas de regulación y control, resulta previamente necesario indagar cuales fueron sus orígenes en nuestro país, y a cuáles se remonta.

En Argentina, los entes reguladores existían antes de la reforma del Estado de 1989 y su creación no dependió exclusivamente de la existencia de los servicios públicos, sino que también de ciertas actividades privadas, que, por su interés general, requerían ser reguladas.

Fue así, que estos primeros entes reguladores son también conocidos como agencias u organismos reguladores.

Siguiendo lo señalado por la doctrina¹ y la jurisprudencia² destacada en la materia que estamos abordando, los entes reguladores argentinos han adoptado el modelo estadounidense de las *independent regulatory agencies* (agencias reguladoras independientes), lo que nos lleva entonces a analizar muy brevemente sus orígenes también.

En los Estados Unidos, estas *independent regulatory agencies* surgieron en la década de 1870 con el movimiento de los granjeros del medio oeste.

Durante ese periodo, la expansión de los ferrocarriles aumentó significativamente el poder comercial de las compañías ferroviarias³, lo que provocó abusos en la fijación de tarifas. Fue por ello, que los agricultores debieron enfrentar

¹ Autores como Cassagne (1993); Barra (1998); Gordillo (1998).

² C.C.A.F., Sala II, "Metrogas con ENARGAS", 9.11.94, L.L. 1995-B, 108.

³ Johnson, Paul, A History of the American People, Harper Collins Publishers, 1997, págs. 532 y ss.

precios excesivos para transportar sus granos, lo que llevó a que algunos estados adoptaran leyes que protegieran a los productores mediante la fijación de precios máximos para el transporte.

Estas leyes fueron inicialmente cuestionadas por inconstitucionales⁴, pero la Corte Suprema de los Estados Unidos las declaró válidas, siendo el caso “Munn v. Illinois”⁵ uno de los más relevantes.

Este fallo mencionado marcó el inicio de una línea jurisprudencial favorable a la intervención estatal en la economía privada.

Posteriormente, en 1887, el Congreso aprobó la Ley de Comercio Interestatal⁶ (*Interstate Commerce Act*), que en su sección 11 dispuso la creación de la *Interstate Commerce Commission* (ICC), el primer ente regulador en el ámbito federal, que sirvió de modelo para futuras comisiones reguladoras.

Si bien la mayoría de estas agencias reguladoras independientes se crearon tras la crisis económica de los años treinta, durante el gobierno de Franklin Delano Roosevelt, lo cierto es que ya existían 31 agencias desde la primera Constitución estadounidense⁷.

Hasta aquí podemos advertir entonces que los entes reguladores norteamericanos surgieron de la necesidad de tener que intervenir la economía privada, frente a los abusos existentes de los grandes empresarios.

En este sentido, encontramos al autor Comadira (2000, pág. 1137) que ha señalado que la existencia de los entes reguladores en los Estados Unidos está vinculada a la protección de los derechos particulares frente al abuso de las empresas privadas que gestionaban servicios esenciales para la sociedad.

En la Argentina, los primeros entes reguladores aparecen en el transcurso de la segunda mitad del siglo XIX, a partir del año 1854, a los efectos de regular las actividades de correos y telégrafos y ferrocarriles y provisión de la energía eléctrica. El nacimiento de estos se debió principalmente para desarrollar una labor fuerte y abarcadora, para luego ir atenuando sus intervenciones dejando lugar al mercado.

⁴ Vid.: Miller, George H., *Railroads and the Granger Laws*, University of Wisconsin Press, Iowa, 1971.

⁵ 94 U.S.113 (1877).

⁶ 24 Statutes at Large 379; 49 USC 1.

⁷ Moreno Molina, Ángel Manuel. “La administración por agencias en los Estados Unidos de América del Norte”. Universidad Carlos II de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 1995, págs. 81 en adelante.

No obstante, la evolución de los entes reguladores no puede entenderse sin hacer referencia a la profunda transformación iniciada con la sanción de la ley de reforma del Estado n° 23.696, promulgada en el año 1989.

Esta ley marcó un quiebre respecto al modelo tradicional, en el cual el Estado era el principal proveedor de estos servicios, impulsando en cambio un esquema orientado al mercado en el cual el rol estatal pasó a centrarse en la regulación y control, dejando en manos del sector privado la gestión directa.

Este cambio estructural se dio en un contexto de liberalización económica, lo que condujo a la creación de organismos especializados en la fiscalización de los servicios privatizados.

Como consecuencia de ello surgieron los siguientes entes reguladores y organismos de control:

- el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), incluido en el anexo I de la ley n° 23.696;
- la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT), establecida mediante el decreto n° 1185/90;
- el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), creado por la ley n° 24.065 en 1991;
- el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), creado por la ley n° 24.076 de 1992;
- la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT), creado por el decreto N° 214/92;
- la Comisión Nacional de Regulación Ferroviaria (CNRFF), creado por el decreto N° 2339/92;
- y otros organismos más como la CONTA, CNTF, OCRABA, TATF y el Ente Nacional Regulador Nuclear (ENRN).

El auge de todos estos organismos fue particularmente significativo durante el proceso de privatización de las empresas públicas, tal como se observa en el conocido caso de la ex Empresa Líneas de Ferrocarriles del Estado (LRE).

En el marco de este proceso, la LRE fue desmantelada como empresa pública y sus operaciones fueron transferidas a concesionarios privados mediante contratos que incluían cláusulas de explotación, inversión y mantenimiento. Sin embargo, la experiencia resultó altamente conflictiva: la reducción drástica de servicios, el cierre

de ramales considerados no rentables y el deterioro de la infraestructura evidenciaron la tensión entre la lógica de rentabilidad empresarial y el deber de garantizar un servicio público de alcance federal. Frente a ello, el Estado se vio obligado a crear entes reguladores, tal como la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), establecida en 1996 mediante el decreto n° 660, con el fin de fiscalizar el cumplimiento de los contratos y resguardar el interés de los usuarios.

La existencia de estos entes reguladores fue constitucionalmente avalada con la reforma de 1994, específicamente en el último párrafo del artículo 42 de la Constitución Nacional.

No obstante ello, y conforme iremos desarrollando a lo largo de este trabajo, la incorporación del art. 42 de nuestra Constitución esclareció la naturaleza jurídica de estos, otorgándoles una identidad propia argentina, diferenciándolos de sus precedentes internacionales.

Fue así, que el texto constitucional delimitó su actividad bajo la denominación establecida, y dio instrucciones de como debían ser incorporados por la legislación en los marcos regulatorios específicos de cada servicio público.

Por lo que, nos preguntamos al respecto si esto efectivamente ocurrió. Es decir, esta delimitación que mencionamos ¿fue adoptada por los marcos regulatorios específicos de cada actividad declarada como servicios públicos?; además, ¿qué postura adoptaron la doctrina y la jurisprudencia argentina?. Esto es precisamente lo que iremos desarrollando en los próximos capítulos.

Sin embargo, es importante aclarar la distinción entre los últimos entes reguladores creados y aquellos que los precedieron en el siglo XIX para comprender la evolución del rol regulador del Estado argentino.

En base a ello, citamos a Nallar (2010, cap. IX), quien indica al respecto que existen profundas y elementales diferencias entre los entes reguladores que comenzaron a funcionar en la segunda mitad del siglo XIX y los que surgieron a partir de la década de 1930.

Para dicho autor, ambos conjuntos de reguladores no respondieron a los mismos fundamentos ni persiguieron objetivos semejantes.

Considera que, mientras que los primeros se originaron como respuesta a la necesidad de garantizar el adecuado funcionamiento de servicios públicos vinculados al progreso económico y social - evitando abusos o interrupciones en la prestación -, los segundos fueron concebidos con el objetivo de ejercer una actividad regulatoria

más amplia, sistemática y abarcadora, inserta en una lógica de planificación estatal de la economía.

De lo expresado, podemos advertir entonces una notable coincidencia entre los fundamentos que motivaron la creación de los primeros entes reguladores en nuestro país y aquellos establecidos en Estados Unidos durante el mismo período.

Como ya mencionamos, en ambos países, estas instituciones regulatorias y de control no surgieron como mecanismos meramente técnicos para fiscalizar los servicios públicos, sino como instrumentos estatales orientados a intervenir en sectores considerados estratégicos dentro de la economía privada.

Es decir, se trataba, en esencia, de una respuesta política frente a las consecuencias del liberalismo económico, y del reconocimiento de que ciertas actividades requerían supervisión pública para resguardar el interés general.

No obstante, esta lógica comienza a cambiar sustancialmente hacia finales del siglo XX, especialmente con la implementación de los procesos de reforma estructural y privatización impulsados en la década de 1990.

Los entes reguladores creados durante este nuevo ciclo responden a fundamentos marcadamente distintos a los de sus antecesores.

Mientras que los reguladores de mediados del siglo XX se originaron desde una fuerte motivación ideológica y política, procurando garantizar la presencia del Estado en distintas actividades económicas, ya fueran o no consideradas como servicios públicos, los nuevos entes regulatorios se concibieron principalmente como mecanismos técnicos destinados a regular y supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión celebrados entre el Estado y las empresas privadas. Y en este nuevo escenario, su principal objetivo consiste en evitar que las firmas concesionarias incumplan las condiciones pactadas, y en asegurar que los usuarios no queden desprotegidos frente a eventuales abusos, dada la posición dominante que suelen ocupar estas empresas en el mercado.

Así, los entes anteriores no estaban diseñados para corregir de forma permanente las fallas del mercado, sino que actuaban como extensiones del accionar gubernamental, adaptándose a las necesidades coyunturales del poder político. En muchos casos, su intervención podía interpretarse como una intromisión estatal con fines de direccionamiento económico.

Por el contrario, los entes reguladores surgidos en el marco de las reformas del Estado adoptan una lógica distinta, consistente en que sólo intervienen

subsidiariamente, y únicamente cuando se manifiestan fallas de mercado concretas que requieren corrección.

Esta transformación revela la ocurrencia de un cambio de paradigma.

La regulación dejó de ser entendida como un instrumento de intervención directa del Estado para convertirse en una herramienta necesaria para el control, ejerciendo una supervisión técnica y correctiva.

Estas funciones son consideradas claves para la protección del interés general, particularmente frente a dinámicas del mercado que, sin intervención, podrían derivar en efectos negativos sobre el bienestar social, la equidad y la calidad de los servicios esenciales.

El impulso inicial que dio origen a estos entes modernos se inscribe, por tanto, en una lógica de corrección de las fallas estructurales del mercado, pero dentro de los márgenes definidos por un nuevo orden institucional orientado por principios de eficiencia, competencia y responsabilidad empresarial.

En efecto, los entes reguladores contemporáneos han sido concebidos como herramientas institucionales con la capacidad de equilibrar relaciones asimétricas de poder entre empresas prestadoras y usuarios, prevenir prácticas abusivas, limitar la concentración económica y reducir situaciones de ineficiencia persistente.

En este marco, la legitimidad de estos organismos se fundamenta en su función protectora de derechos, tanto individuales como colectivos, ante actores privados con capacidad de incidir de manera significativa en la calidad de vida de los ciudadanos y en el funcionamiento del sistema económico en su conjunto.

Por lo tanto, los entes reguladores adquirieron un rol activo y dinámico, operando como garantes de equidad, transparencia y acceso justo a servicios esenciales, y consolidando así su función como una manifestación concreta de la tutela del interés público.

En nuestro país – reiteramos - la reforma constitucional de 1994 incorporó el artículo 42 que creó en materia de los servicios públicos los organismos de control. Así, los marcos regulatorios específicos de cada servicio público tomaron como referencia estos organismos que necesariamente deben ser incorporados, pero como sabemos no los denominaron como hizo nuestra Carta Magna, sino que los definieron como 'entes reguladores' y los dotaron de facultades simultáneas de control y regulación, entre otras competencias más.

A lo largo de este trabajo abordaremos esta última situación planteada desde diferentes ángulos, todos ellos orientados a esclarecer si los entes reguladores de los servicios públicos actuales se ajustan al espíritu constitucional reflejado en el art. 42, sin perjuicio de sus antecedentes históricos y semejanzas con otros países, que hemos desarrollado en este apartado preliminar.

En la historia de los entes reguladores en nuestro país, consideramos que más allá de la distinción de épocas referidas por Nallar, la reforma constitucional de 1994 inició una nueva etapa, orientada a esclarecer la justificación de su existencia y limitando su competencia a las actividades establecidas en el art. 42.

No obstante, esta es nuestra postura, que iremos profundizando con detalle en los próximos capítulos.

1.2 Debate sobre la creación de los entes reguladores en Argentina.

En nuestro país, si bien la doctrina ha sido coincidente en los orígenes que han tenido los entes reguladores, tal como desarrollamos con anterioridad, no tuvo la misma suerte la determinación de que autoridad es competente para crear los mismos, esto ha sido motivo de fuertes debates doctrinarios.

Esta controversia, se originó hace varias décadas atrás a partir de las opiniones contrapuestas de Bielsa y Villegas Basavilbaso.

Para Bielsa (1947, pág. 28), los entes reguladores debían ser establecidos únicamente por ley.

En sentido contrario, Villegas Basavilbaso (1950, pág. 696) sostenía que asignar esta facultad al Congreso implicaba reducir las competencias constitucionales del presidente de la nación, lo que hacía inconstitucionales las leyes de creación de estos.

La postura de Bielsa, que contaba con un mayor consenso doctrinario⁸, fue posteriormente respaldada por la Ley de Contabilidad⁹, aunque en una disposición

⁸ Entre otros, Gordillo 1996 Tratado., cit. en nota, t. 1, Cap. XIV, pág. 4; Diez, Manuel María, Derecho Administrativo, 2da. edición, Plus Ultra, Buenos Aires, t. II, pág. 103; Linares, Juan Francisco, Derecho Administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1986, págs. 289-290; Luqui, Juan Carlos, División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina, LL, 107-1035, esp. pág. 1045 y n. 8; Dromi, José Roberto, Derecho Administrativo Económico, Astrea, Buenos Aires, 1978, t.I, pág. 172.

⁹ El art. 136 del decreto-ley 23.354/56 (ratificado por ley 14.467), establecía en su párrafo segundo: El Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la

actualmente derogada. De hecho, la mayoría de las entidades autárquicas tuvieron su origen en una base legal.

La posición de Villegas Basavilbaso fue respaldada por Bidart Campos (1967, pág. 86-87).

Podríamos mencionar también una tercera postura intermedia, defendida por Cassagne (1998, pág. 356) y Marienhoff (1995, pág. 414). Para estos autores, hay ciertas entidades, tales como bancos oficiales, universidades, entre otros, que deben ser creadas por el Congreso, según un mandato constitucional expreso.

Con la reforma constitucional de 1994, esta discusión se renovó, pero ahora centrada en la creación de los organismos de control de los servicios públicos, definiéndolos la mayoría de los autores, en base a los marcos regulatorios que les dieron origen, como entes reguladores.

Respecto a esto último, consistente en que la doctrina los define como entes reguladores en base a las leyes que los crearon, anticipamos que lo reiteraremos y desarrollaremos a lo largo de este trabajo desde diferentes enfoques, por ser el eje central del mismo.

Aclarado esto, y retomando a la disputa doctrinaria, para los seguidores de la tesis de Bielsa, el artículo 42 de la Constitución Nacional establece genéricamente que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, así como los marcos regulatorios de los servicios públicos, por lo que se deduce que es competencia del Congreso crear las entidades reguladoras.

Esta postura de Bielsa es retomada por Gordillo (1996, cap. XV), quien hace referencia a los marcos regulatorios legales del artículo 42 Constitución Nacional y reclama la adecuación de aquellos entes creados por decreto, argumentando la necesidad de otorgar independencia a los entes reguladores en su actividad.

Por su parte, encontramos a Bianchi (2006, págs. 77-100) quien considera que los entes reguladores de los servicios públicos pueden ser creados por decreto porque cuando el artículo 42 de la Constitución Nacional habla de legislación, no solamente se refiere a leyes del Congreso (sentido formal), sino que debe entenderse en sentido material.

Cassagne (1994), en su libro ha reafirmado su postura clásica respecto de las entidades autárquicas para los reguladores de los servicios públicos.

Administración nacional. En el primer párrafo además aludía a las leyes orgánicas de las entidades descentralizadas.

Adhiriendo a esta tesis intermedia, Comadira y Escola (en prensa)¹⁰ señalan que que “cabe puntualizar que el término legislación empleado por el artículo 42, último párrafo, de la Constitución Nacional, no puede considerarse atributivo de competencia exclusiva, en este aspecto, al Congreso, sino sólo comprensivo, como género, de las diversas especies o clases de normas que correspondan de acuerdo con la materia de que se trate (en el mismo sentido: Bianchi). Así, la legislación implicará ley formal respecto de la prevención y solución de conflictos o de la regulación de los servicios públicos si ésta incide en la esfera de terceros (v.gr. usuarios), pero no hay razón para sentar igual conclusión acerca de la creación misma de los entes, excepto, claro está, que éstos tengan competencias afectantes de derechos de terceros”.

En efecto, hasta aquí advertimos la disputa doctrinal constante, la cual persiste hasta la actualidad, sobre cuál es el órgano competente para crear los organismos de control de los servicios públicos referidos en el art. 42 de nuestra Constitución.

Sobre lo expuesto, nos formulamos los siguientes interrogantes:

¿Este debate es realmente relevante?

Es decir, su resolución ¿contribuye a superar la crisis que actualmente atraviesan los organismos de control de los servicios públicos en la Argentina?

Respondiendo estos interrogantes, nos atrevemos a adelantar que consideramos desde nuestra postura innecesaria la discusión doctrinaria de si los organismos de control de los servicios públicos deben ser creados mediante ley formal o material.

En este punto, consideramos que el debate en cuestión no aborda la problemática de fondo que afecta hoy día a los organismos de control consistente en la falta de independencia funcional, necesaria para garantizar el cumplimiento del mandato constitucional. Hoy día la mayoría de estos organismos atraviesan una fuerte crisis institucional. Varios se encuentran intervenidos (ENARGAS, ENRE, entre otros) y otros fueron disueltos a lo largo de todo el país (como por ejemplo, el EPAS¹¹).

Lo cierto es que para alcanzar la deseada independencia funcional, indispensable para su fortalecimiento, consideramos necesario en primer término que

¹⁰ Comadira, J. R. (Dir.), & Escola, H. J. (en prensa). Curso de derecho administrativo.

¹¹ Ente Provincial del Agua y Saneamiento, de la provincia de Mendoza.

se los defina correctamente, atendiendo a su naturaleza y finalidad, nombrándolos por lo que realmente son: organismos de control; y no como entes reguladores. Y luego, a partir de esta debida denominación, adecuar los marcos regulatorios específicos que les dieron origen, sin importar si estos fueron leyes o decretos, con el objetivo de armonizar sus funciones con las competencias que realmente les fueron designadas por la Constitución Nacional en el artículo 42.

La postura adoptada en este trabajo al respecto, consiste en que fue un error sustancial de los marcos regulatorios específicos de cada servicio y la doctrina especializada en la materia, definir los organismos de control de los servicios públicos del art. 42 de la Constitución Nacional como entes reguladores.

Como se advierte en cada ley, comienzan por definirlos en esos términos. Y al hacerlo, no solo los nombraron erróneamente, sino que además les otorgan competencias que no les son propias, tales como las regulatorias, con las implicancias que ello conlleva, que es lo que profundizaremos en este trabajo.

Lo cierto, fue que estos errores antes expuestos de los legisladores comprometieron la independencia funcional de dichos organismos, desnaturalizando el rol asignado por nuestra Constitución, y afectando en consecuencia la buena regulación necesaria en la materia.

Como veremos, del propio texto constitucional (art. 42) no surge la mención de 'entes reguladores', sino de 'organismos de control', y lo hace expresamente.

Esta mención expresa, no cabe dudas que refleja la debida intención del constituyente que consistió en que estos organismos tuvieran a su cargo la supervisión en la prestación de los servicios públicos, específicamente en la calidad y eficiencia de los mismos y de este modo se protegieran los derechos de los consumidores y usuarios¹².

El motivo por el cual los organismos de control fueron indebidamente nombrados como entes reguladores, y además se les atribuyeran facultades regulatorias, se debió a que los marcos regulatorios que les dieron origen (leyes o decretos) así lo dispusieron, lo que luego fue reafirmado – o por lo menos no cuestionado - por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia en el tema.

Fue así como, en consecuencia, lejos de constituirse como verdaderos órganos de control de los servicios públicos tal como lo definió nuestra Carta Magna,

¹² Ver texto del art. 42 de la Constitución Nacional.

en su lugar, se crearon diversos entes multifacéticos cuya naturaleza ambigua impidió dotarlos de una independencia plena y ejercer correctamente sus funciones. Como desarrollaremos más adelante, algunas de sus otras funciones no pueden escapar del debido control del Poder Ejecutivo.

Lo expuesto, insistimos, afectó seriamente su independencia funcional e imparcialidad desencadenando en una grave crisis institucional, que al día de la fecha no hemos logrado superar.

Mas aún, esta crisis fue *in crescendo* a lo largo de los años al punto tal que hoy en día algunos se encuentran intervenidos por el Ejecutivo, tal como ocurre con el principal regulador nacional de la electricidad y del gas (ENRE y ENARGAS), hoy se ha unificado en un solo ente, conforme lo establecido en la Ley de Bases¹³, como ya mencionamos con anterioridad.

En fin, como conclusión de lo expuesto en este apartado, sostenemos que carece de real trascendencia la discusión doctrinaria en torno a qué órgano resulta formalmente competente para crear los organismos de control previstos en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Lo verdaderamente relevante consiste en atender a la profunda crisis que actualmente atraviesan dichos entes, vinculada principalmente a la falta de independencia institucional que limita su eficacia. Para superar este déficit institucional consideramos que resulta indispensable rediseñar los marcos regulatorios vigentes, con prescindencia de si su origen normativo proviene de una ley o de un decreto, reconociendo su verdadera naturaleza y dotándolos de las atribuciones que la propia Constitución Nacional les confiere en el art. 42, a fin de que puedan cumplir cabalmente con el cometido para el cual fueron concebidos.

1.3 Hacia una definición de los organismos de control de los servicios públicos.

Tal como hemos expresado con anterioridad, los marcos regulatorios que dieron origen a los organismos de control del art. 42 de la Constitución Nacional, definieron a estos como entes reguladores y no como organismos de control. Luego, esto fue replicado por la mayoría de la doctrina especializada en la materia y la jurisprudencia.

¹³ Ley N° 27.742 (2024) – “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, artículo 161: crea el Ente Nacional Regulador del Gas y la Electricidad (ENARGASyE).

Conforme surge de estos marcos regulatorios, la denominación que les otorgaron como 'entes reguladores' no fue casual, sino que se debió a la clara intención de los legisladores de atribuirles - entre varias funciones - la específica de regulación.

Al respecto, aclaramos que las otras funciones asignadas, tales como la resolución de conflictos o jurisdiccional, no las abordaremos en este trabajo por no ser objeto de estudio del mismo.

Para abordar este apartado, consideramos necesario comenzar con los siguientes interrogantes:

¿Acaso el espíritu del constituyente, al incorporar el artículo 42 a la Constitución Nacional, estuvo dirigido a instituir entes específicos de regulación en materia de servicios públicos?

¿O, por el contrario, la verdadera intención fue la de establecer organismos de control orientados primordialmente a la tutela y defensa de los derechos de los usuarios y consumidores?

Si recurrimos a la literalidad del texto constitucional, este dispone lo siguiente:

“... La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”¹⁴

Es así, como vemos, que la norma constitucional alude de forma expresa al término 'organismos de control', sin hacer mención alguna a 'entes reguladores'. Y ello tuvo un claro propósito, que fue determinar su naturaleza jurídica y sus funciones. Esta es nuestra postura, respaldada por parte de la doctrina y jurisprudencia minoritaria, como desarrollaremos más adelante.

De modo que, la definición de estos como 'entes reguladores', no provino de nuestra Carta Magna, que - insistimos - hace referencia expresa a 'organismos de control', sino que derivó de las normas infraconstitucionales (leyes y decretos) que los crearon; es decir, de los marcos regulatorios específicos de cada uno de los servicios públicos.

¹⁴ Constitución Nacional, art. 42, párrafo tercero.

De este modo, las leyes mencionadas procedieron a desnaturalizar los organismos de control de los servicios públicos del art. 42 de la Constitución, tal como fueron concebidos por los constituyentes del 1994, afectando, en consecuencia, su independencia funcional y finalidad institucional.

Además, como contracara de la misma moneda, limitaron y condicionaron el principio de 'buena regulación' requerido para los servicios públicos.

En este aspecto, que continuaremos profundizando a lo largo de este trabajo, pero adelantamos ahora, el carácter multifuncional de los organismos de control de los servicios públicos actuales, que ejercen atribuciones simultáneas de regulación y control, los ha llevado a una profunda crisis institucional.

Como es sabido, por su propia naturaleza, las funciones de regulación y control son incompatibles de ser ejercidas por una misma entidad, esto es una regla básica que podemos advertir en otras disciplinas tales como la contaduría y auditoría, aplicables a este ámbito, por atentar contra el principio de imparcialidad y transparencia, necesario para el debido control de una prestación. Asimismo, resultan aplicables para el dictado de una debida regulación (principio de buena regulación).

De este modo, se ve comprometida la credibilidad de las decisiones adoptadas por dichos organismos y, en consecuencia, su independencia institucional. Ello genera que sus actos queden sujetos, en los hechos, a una necesaria revisión por parte del Poder Ejecutivo, lo que debilita su autonomía y distorsiona la función de control que la Constitución les asigna.

Un ejemplo de esta problemática puede encontrarse en la adopción de prácticas de carácter persecutorio, en las cuales la emisión de nuevas normas no responde a una verdadera finalidad regulatoria, sino que se orienta únicamente a intensificar los mecanismos de presión o a consolidar un control discrecional sobre los sujetos alcanzados.

Asimismo, como dijimos, esta concentración de funciones en un mismo ente también afecta el principio de la buena regulación y administración, repercutiendo, en consecuencia, en la calidad de la prestación de los servicios públicos, en claro detrimento de los derechos de los usuarios y consumidores.

Conforme desarrollaremos con mayor detalle en el capítulo final, los organismos de control deben necesariamente gozar de independencia funcional tanto del poder concedente como de los prestadores de los servicios públicos, con la finalidad de cumplir su cometido constitucional.

En sentido contrario, si los controladores tienen además a su cargo el dictado de normas, como por ejemplo la regulación de los estándares de calidad que deben regir en la prestación del servicio, pierden esta independencia funcional necesaria para el control, ya que siguiendo las bases para alcanzar las buenas prácticas regulatorias, se requieren previo al dictado, la coordinación con los distintos actores involucrados y la participación previa antes de su emisión, con miras a garantizar su implementación efectiva. Además, necesariamente debe haber un control posterior de legalidad de parte del Ejecutivo, mediante los recursos pertinentes (alzada).

Todo lo expuesto, justifica la necesidad de replantear la denominación utilizada hoy día y el diseño funcional de los organismos de control de los servicios públicos en la Argentina, tal como fueron establecidos por los marcos regulatorios vigentes. Debiendo rediseñarse en miras al espíritu constitucional establecido en el art. 42.

De este modo, los organismos de control deberán ser definidos en esos términos. Y para ello, necesariamente deberán ser despojados de las facultades regulatorias que se les fueron indebidamente atribuidas, reforzando las funciones que les son propias y reconocidas en la Constitución Nacional, específicamente la de control, todo ello con la finalidad de garantizar los derechos de los usuarios y consumidores.

Claramente las facultades de regulación no integran el núcleo competencial de estos organismos de control, debiendo ser atribuidas a otros entes distintos creados con esa finalidad.

Esta diferenciación funcional aquí planteada, insistimos, es respaldada por el artículo 42 de la Constitución Nacional, y constituye un presupuesto indispensable para garantizar la independencia funcional de los organismos de control y prevenir la concentración de poder, que compromete seriamente el principio de imparcialidad y la buena regulación.

En definitiva, solo una interpretación adecuada, sistemática y conforme con la finalidad protectoria del artículo 42 de la Constitución Nacional permitirá definir adecuadamente los organismos de control de los servicios públicos, rediseñando los marcos regulatorios vigentes con miras a crear organismos verdaderamente independientes, eficaces y legítimos, al servicio de los usuarios y consumidores de los servicios públicos.

CAPÍTULO II

LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

2.1 La noción de servicio público.

La noción de servicio público constituye uno de los pilares fundamentales del derecho administrativo contemporáneo, siendo objeto de múltiples debates teóricos y prácticos en torno a su delimitación conceptual, a los sujetos que deben intervenir en su prestación y a las modalidades bajo las cuales debe garantizarse su cumplimiento.

El propósito del presente trabajo en este apartado no consiste en agotar el complejo entramado doctrinario ni en realizar un repaso exhaustivo de las diferentes concepciones históricas del servicio público, sino en ofrecer un marco conceptual suficientemente amplio que permita identificar cuáles son las actividades que pueden recibir esta calificación y cuáles son las consecuencias jurídicas, económicas y sociales que derivan de tal reconocimiento.

Solo a partir de esta base, entendemos, se justifica el análisis posterior de la función reguladora y de la potestad de control del Estado, que constituyen ejes centrales para asegurar la calidad y eficiencia de los servicios públicos en favor de los usuarios y consumidores, tal como se lo provee el art. 42 de nuestra Constitución Nacional.

Desde una perspectiva doctrinaria clásica, Sarmiento García (1994) ha sostenido en su libro que el concepto de servicio público debe entenderse en sentido residual. En este sentido, el autor subraya que no toda actividad estatal ni toda función administrativa pueden asimilarse a esta categoría. De este modo, descarta expresamente que la función legislativa, la jurisdiccional, el ejercicio de la policía administrativa o la intervención estatal destinada a dar certeza a actos particulares puedan ser consideradas servicios públicos, al igual que la actividad de fomento. Así, delimita el concepto únicamente a aquellas actividades que se materializan en una prestación destinada a satisfacer de manera directa y concreta necesidades de los habitantes, quienes en este contexto se constituyen en usuarios.

Esta definición resalta la especificidad del servicio público como actividad de prestación y no como mera manifestación del poder estatal.

En coincidencia, aunque con un matiz distinto, Cassagne (1994) en su libro considera que los servicios públicos se caracterizan por ser prestaciones concretas de carácter obligatorio, dotadas de una fuerte dimensión económico-social.

Lo central de esta postura, es que el servicio público se orienta a garantizar la cobertura de necesidades esenciales que no podrían quedar libradas a la lógica exclusiva del mercado.

Este enfoque introduce el elemento de obligatoriedad de la prestación, de modo que su funcionamiento debe asegurarse aun cuando la actividad no sea lucrativa o rentable para los operadores privados. De allí que el servicio público aparezca como una función estatal de tutela del interés general, vinculada al principio de igualdad y a la satisfacción de derechos básicos de los habitantes.

Este breve debate doctrinario se enriquece con la noción de *publicatio*, utilizada para explicar la relación jurídica entre el Estado y la actividad calificada como servicio público.

Como es sabido, la *publicatio* supone la asunción de la titularidad pública de la actividad, sin que ello implique la adquisición de un derecho real de propiedad por parte del Estado. Según Cassagne (2015, pág. 244) consiste en la “expresión de la decisión estatal de sujetar la actividad económica en cuestión a las máximas potestades administrativas mediante un régimen especial”. Lo trascendente es que la actividad deja de ser considerada un asunto estrictamente privado y pasa a formar parte de la esfera pública, lo que habilita al Estado a imponer reglas, regulaciones y mecanismos de control. Incluso en escenarios de privatización, la titularidad pública subsiste, pues el Estado no abdica de su poder regulador, manteniendo la facultad de establecer estándares de calidad, condiciones de acceso, políticas tarifarias y mecanismos de protección a los usuarios. Esta idea resulta fundamental para comprender por qué la privatización no equivale a desregulación, ya que la función reguladora se intensifica en favor del interés general.

La experiencia argentina permite constatar que la noción de servicio público y el rol del Estado frente a estas actividades han tenido una evolución pendular. En determinados períodos históricos, particularmente a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el Estado adoptó una actitud de escasa intervención, delegando en los privados la gestión de servicios esenciales sin mayores límites normativos ni

controles efectivos. Ello se tradujo en frecuentes abusos, falta de cobertura universal y prestación desigual, lo que derivó en crecientes demandas sociales para una mayor presencia estatal. En contraposición, en otras etapas, el Estado decidió sustraer ciertas actividades del ámbito privado, reservándolas de modo exclusivo a la esfera pública, con un enfoque que muchas veces resultó rígido y con serias dificultades de gestión.

Sobre este punto, resulta interesante transcribir lo analizado en detalle por el autor Perez Hualde (2017, pág. 54-55) quien ha expresado respecto de las diferentes etapas antes mencionadas, lo siguiente:

“a) La primera transcurre desde los orígenes de nuestra historia patria, caracterizada por numerosos contratos de concesión –sobre todo ferroviarios–, en un ámbito de fuertes inversiones internacionales alentadas y protegidas por incentivos de rango constitucional (art. 25, Const. nacional) y de amplia libertad de contratación, hasta 1949, en que se dicta la Constitución “justicialista” de ese año, que ordena la estatización de todos los SP, y se dicta la ley de empresas públicas 13.653.

b) La segunda va desde ese año 1949 hasta 1990, en la que se consolida la empresa pública como el instrumento esencial de operación del Estado sobre la totalidad de los SP y que culmina con su fuerte crisis a mediados de 1989; en esta etapa aparece y toma vigencia el concepto tradicional del SP que tiene carácter sustancial y hace pie en la “titularidad” estatal de ellos, en línea con las doctrinas francesas.

c) La tercera, a partir de 1990, está constituida por el período en el que comienza efectivamente el desprendimiento del Estado argentino de sus empresas públicas y el abandono de la prestación directa de los SP, profundizando la prestación no estatal de dichos servicios y que fue, de algún modo, convalidada –en ese solo aspecto– por la Reforma Constitucional de 1994; allí nos encontramos bajo un régimen de prestación de SP por parte de empresas estatales y privadas extranjeras, normalmente transnacionales, bajo el control contractual y policial del Estado competente en cada caso; etapa en la que coinciden la concepción del SP en nuestro país con la propia de las *public utilities* del derecho anglosajón.

d) Nosotros sumamos otra –que comenzó con la crisis de fines de 2001–, que puso en tela de juicio y de análisis tanto los contratos de prestación como el rol efectivo del Estado frente a ellos; colocó en estado de renegociación –por vía de

regímenes de emergencia– todos los contratos de SP, reinstaló la prestación preponderantemente estatal en algunos de ellos, y mantuvo la explotación privada en la mayoría. El cambio de signo del gobierno a fines de 2015 no ha traído mayores novedades, más allá de una revalorización de la participación privada en la inversión y en la gestión de los SP privatizados en los años noventa”.

En efecto, lo relevante de esto en lo que nos interesa a los efectos de este trabajo destacar, consiste en que estas oscilaciones muestran que la conceptualización de los servicios públicos no puede desvincularse de los contextos políticos, económicos y sociales que condicionan la acción estatal.

En el derecho comparado, esta tensión también se observa en otros países latinoamericanos, donde las privatizaciones masivas de los años noventa dieron paso, en muchos casos, a procesos de reestatización parcial o total, cuando se advirtió que la ausencia de controles eficaces había derivado en deficiencias graves en la prestación. Estos ejemplos muestran que, más allá de quién sea el prestador, ya sea público o privado, lo esencial es que la actividad conserve su carácter de servicio público y, en consecuencia, esté sujeta a un marco regulatorio sólido y a un sistema de control eficiente. En otras palabras, buena regulación y control eficiente.

En este punto se torna interesante destacar la visión de Nallar (2010) en su libro, quien vincula los servicios públicos con la función económica del Estado. Para este autor, toda intervención estatal en este ámbito es, en definitiva, una forma de injerencia en la economía, pues los servicios públicos inciden de manera directa en los precios, en la redistribución de recursos y en la competitividad del mercado. De allí que la noción de servicio público no deba concebirse exclusivamente desde una óptica administrativa, sino como una herramienta central de política económica y social, que permite al Estado orientar la estructura productiva y garantizar niveles mínimos de equidad.

A partir de estas concepciones antes desarrolladas, se advierte que la calificación de una actividad como servicio público habilita al Estado a ejercer una intensa función de regulación. Esta potestad consiste en establecer condiciones de prestación, definir estándares de calidad, fijar tarifas y asegurar el acceso universal.

La regulación, sin embargo, perdería efectividad si no se complementara con la función de control. Mientras la regulación diseña el marco normativo, el control vela por su cumplimiento, supervisando a los prestadores - públicos o privados - y aplicando sanciones cuando corresponda para lograr el direccionamiento.

Ambas funciones (regular y controlar) son, por lo tanto, inseparables, y en la mayoría de los casos – como ya hemos visto - recaen en un mismo organismo. Estos son precisamente los actuales entes reguladores de los servicios públicos que todos conocemos.

Sobre este último aspecto abrimos una nueva discusión que consideramos fundamental para justificar la existencia de los mismos, y su supervivencia, en los términos establecidos por el art. 42 de la Constitución Nacional.

El debate es el siguiente:

¿Es conveniente que un único ente u organismo concentre tanto la regulación como el control en materia de servicios públicos?, ¿o resulta más adecuado dividir las en instituciones diferenciadas para garantizar mayor transparencia, objetividad y eficacia en cada una de dichas funciones?

Quienes defienden la concentración o acumulación de funciones¹⁵ sostienen principalmente que un mismo organismo puede actuar con coherencia, diseñando las reglas y supervisando su cumplimiento de manera integral.

En cambio, quienes sostienen la separación, que es la postura a la cual adherimos en este trabajo, advertimos el riesgo de conflictos de intereses, ya que un ente que regula y controla simultáneamente podría mostrar sesgos en la interpretación de sus propias normas. Además, para controlar necesariamente se requiere ser imparcial e independiente, y ello es incompatible con la función de regulación. Esta última consideramos que necesariamente debe provenir del poder Legislativo o del poder Ejecutivo en ciertos casos, conforme desarrollaremos en los próximos apartados de este capítulo.

Sin perjuicio de lo expuesto, y para cerrar el presente apartado preliminar, resulta indiscutible en la doctrina que los servicios públicos, en tanto actividades esenciales, deben contar con una regulación clara y con un control efectivo. Es decir, no puede concebirse la noción de servicio público sin ambas dimensiones, ya que de lo contrario se pondría en riesgo su función principal: asegurar el bienestar general de toda la comunidad.

Su justificación última radica en el principio del bien común, que se erige como fin supremo del Estado en su triple función de legislar, ejecutar y juzgar. La noción de servicio público, entonces, no se limita a una categoría técnica del derecho

¹⁵ Bianchi (2006); Gordillo (2009); entre otros.

administrativo, sino que refleja una forma concreta de cumplir con el mandato constitucional de orientar la acción estatal hacia la satisfacción de las necesidades comunitarias.

En este sentido, resulta evidente que los servicios públicos no pueden quedar librados únicamente a las fuerzas del mercado. El interés general exige que el Estado garantice su continuidad, regularidad, accesibilidad y calidad, independientemente de quién sea el prestador. Esta exigencia se intensifica en el marco del Estado social y democrático de derecho, en el que la igualdad de oportunidades y la cohesión social se consideran objetivos centrales.

Así, el servicio público se convierte en un instrumento para garantizar derechos fundamentales, equilibrar desigualdades estructurales y fortalecer la ciudadanía.

En conclusión, el concepto de servicio público ha sido objeto de múltiples aproximaciones, pero todas ellas coinciden en reconocer su carácter esencial como actividad destinada a la satisfacción de necesidades colectivas. Su delimitación no es un mero ejercicio teórico, sino la base sobre la cual se justifica la intervención del Estado en la economía y en la vida social. La experiencia histórica, tanto en Argentina como en el resto de los países, demuestra que los servicios públicos requieren de una regulación firme y de un control efectivo, sin los cuales pierden eficacia y se convierten en fuente de desigualdad y conflicto.

Sobre esta base trabajaremos el resto del presente trabajo.

Lo que si permanece abierto al debate, reiteramos, es la conveniencia institucional de que ambas funciones sean ejercidas por un mismo organismo o por entes diferenciados. Ya adelantamos nuestra postura al respecto.

Esta disyuntiva constituye un desafío político y jurídico de gran envergadura, pues de su resolución dependerá la calidad del sistema de servicios públicos y, en última instancia, la capacidad del Estado para cumplir con su fin último: garantizar el bien común en favor de toda la comunidad.

2.2 La necesidad de regular los servicios públicos y su diferencia del control.

Tomando la base expuesta en el apartado anterior, que conlleva a la indudable necesidad de tener que regular los servicios públicos, encuentra su fundamento sustancial en las fallas estructurales del mercado.

Cuando nos referimos a mercado, adherimos la postura adoptada en la publicación de Friedman y Cabrillo (2012) quienes los definen como la institución social donde los individuos tienen la libertad de aceptar o rechazar ofertas de intercambio y negociar mejores condiciones con otros actores.

Como es sabido, en la práctica, los mercados no siempre operan bajo condiciones de competencia perfecta, generando distorsiones que afectan el bienestar general, conocidas como fallas del mercado.

Como ejemplos de fallas del mercado, encontramos el monopolio, el riesgo de externalidades negativas que impactan a terceros ajenos a la transacción, los abusos de posición dominante, entre otros.

Lo cierto es que fallas de mercado como estas, constituyen una de las principales razones que justifican la intervención de la administración pública mediante políticas regulatorias.

Estas políticas regulatorias tienen como propósito corregir los desequilibrios generados por la incapacidad del mercado para autorregularse eficazmente, asegurando un funcionamiento más equitativo y eficiente del sistema económico, por lo que, la intervención estatal se erige como una herramienta fundamental para la protección del interés público.

De esta manera, la naturaleza imperfecta del mercado en las prestaciones de los servicios públicos proviene de las notas típicas de monopolio o de los abusos de la posición dominante de parte de algunos autores.

Desde este enfoque, la regulación de los servicios públicos se presenta como un régimen de derecho público diseñado para intervenir en la conducta de los agentes del sector, con el objetivo de simular las condiciones de un mercado plenamente competitivo que, en realidad, no existe.

Es así, que la intervención estatal no busca reemplazar al mercado, sino, por el contrario, su finalidad consiste en garantizar el correcto funcionamiento, corrigiendo sus fallas y proporcionando estabilidad jurídica y económica.

De este modo, el Estado genera un entorno donde los derechos de los distintos actores están protegidos y las reglas del juego son claras, promoviendo así el interés general y la equidad.

Este es el rol que debe ostentar todo ente regulador de los servicios públicos.

En este sentido, los entes reguladores deben funcionar apoyando al mercado, no en su contra; deben operar donde la solución del mercado no es viable, simulando una solución que este daría pudiera aplicarse.

Desde otra perspectiva, pero con la misma finalidad, encontramos a Nallar (2010) quien considera en su libro que sin importar de que se trate de una actividad monopólica o con graves fallas en sus niveles de competencia, lo que realmente justifica la regulación del Estado no son las fallas de dicho mercado sino la relación directa entre el buen funcionamiento del servicio público y la correcta y suficiente satisfacción de las necesidades básicas de la población.

Ahora bien, cualquiera sea la perspectiva adoptada, es decir, si el origen de la regulación es atribuido o no a las fallas del mercado, lo cierto es que el fin consiste en que el servicio público sea prestado con calidad y de forma eficiente en beneficio de los usuarios y consumidores.

Y en función de lo expuesto, planteamos el siguiente interrogante:

¿Corresponde que quien ejerce funciones regulatorias asuma también las funciones de control?

Sí, como se ha señalado, el ente regulador de los servicios públicos tiene a su cargo la emisión de normas orientadas a que la prestación del servicio sea de calidad y eficiente, compensando las fallas del mercado, cabe cuestionarse entonces si ese mismo ente puede, además, de manera simultánea, fiscalizar su cumplimiento y aplicar sanciones por su eventual inobservancia.

Al respecto, consideramos que, si bien esta acumulación de funciones (regulación y control) en principio podría ser práctica y hasta jurídicamente admisible cuando así lo dispone de manera expresa la ley, lo cierto es que dicha concentración compromete seriamente el principio de imparcialidad, transparencia y objetividad de que debe velar en toda actividad de control, así como también 'la buena regulación' que debe prevalecer en materia de servicios públicos.

Consideramos que la acumulación de ambas funciones en un mismo ente, en este caso dictar normas y controlar su cumplimiento, puede derivar, entre otras cuestiones, en decisiones arbitrarias y promover una lógica punitiva innecesaria. Además, quien ejerce el control necesariamente debe ser un organismo independiente e imparcial, y al ostentar de funciones regulatorias, estos actos necesariamente deben ser gestados de un consenso social – como veremos más adelante – y deben ser susceptibles de ser controlados por el Poder Ejecutivo.

De este modo, la concentración funcional afecta negativamente la calidad en la prestación de los servicios públicos y vulnera los derechos de los usuarios y consumidores, cuya protección debe ser el principio orientador del régimen constitucional de los servicios públicos.

Disentimos profundamente con el criterio adoptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia consistente en que la persona a cargo de la función reguladora también debe controlar, fiscalizando y aplicando sanciones, hoy reflejado en los actuales entes reguladores de los servicios públicos que conocemos.

Parte de la doctrina, justifica esta acumulación de funciones en el significado amplio otorgado por el Diccionario de la Real Academia Española a la denominación control, que indica que la acción de controlar también se refiere al acto de mandar, de ordenar y gobernar, por lo que se asimila al término regulación. Entre los que siguen esta corriente doctrinaria, encontramos al autor Nallar (2010) quien indica que es lógico el hecho de que un sujeto regulador haya sido dotado de potestades suficientes para realizar el control o fiscalización cuando se trata de actividades sujetas a un régimen especial de servicio público.

Pero, conforme venimos desarrollando, nos preguntamos: ¿esto realmente debe ser así? ¿quién regula debe asimismo controlar?

Como ya anticipamos, la postura adoptada en este trabajo es claramente negativa.

Desde nuestra perspectiva, sostenemos lo contrario a lo afirmado por la doctrina mayoritaria anteriormente expuesta y lo establecido en los marcos regulatorios de los servicios públicos hoy vigentes.

Consideramos que no puede equipararse la función de regular con la función de controlar. Ambas son claramente distintas. Además, no resulta conveniente que ambas sean ejercidas por un mismo organismo. La confusión entre ambas funciones conlleva a graves distorsiones institucionales, dado que implican finalidades, competencias y mecanismos distintos.

Por un lado, la regulación implica la fijación de normas generales, criterios técnicos y parámetros de calidad, accesibilidad y sostenibilidad del servicio público, con el objeto de garantizar que su prestación responda al interés general. Esta función tiene un carácter normativo y orientador, en tanto que determina el marco dentro del cual los prestadores deben desenvolverse.

Por otro lado, el control es una tarea de supervisión concreta que recae sobre los sujetos prestadores, y se traduce en la verificación permanente del cumplimiento de las condiciones pactadas, la evaluación de la calidad del servicio y la aplicación de sanciones ante desvíos.

Si ambas funciones son ejercidas de forma conjunta por un mismo ente, se corre el riesgo de vulnerar el principio de imparcialidad y objetividad que es propio del ejercicio del poder sancionador.

De este modo, si el mismo organismo que dicta las reglas es luego el encargado de interpretarlas, aplicarlas, verificar su cumplimiento y sancionar su inobservancia (controlar), concentra un poder excesivo y puede propiciar prácticas arbitrarias o persecutorias.

Como conclusión de lo expuesto, podemos indicar que la acumulación de estas funciones compromete seriamente la objetividad e independencia que debe regir en todo procedimiento administrativo sancionador, por no garantizar la necesaria separación entre quien define la norma y quien evalúa su cumplimiento.

Por su parte, también mencionamos que compromete la buena regulación orientada a la mejora de la calidad del servicio.

La regulación en materia de servicios públicos debe concentrar las políticas públicas fijadas por el Estado, respetando las bases establecidas en la Constitución Nacional en cuanto a la calidad y eficiencia de los servicios y la protección a los usuarios, tal como desarrollaremos en el capítulo tercero.

Si esta premisa en materia de regulación es distorsionada por un enfoque diferente, que puede provenir por ejemplo de la intención de querer establecer nuevas obligaciones y buscar otras sanciones por fines persecutorios, entonces pierde su carácter de 'buena regulación'.

Por ello, resulta indispensable que en la estructura del Estado se asegure una clara distribución de competencias entre los entes reguladores (que pueden pertenecer a la estructura centralizada o descentralizada del Poder Ejecutivo), diferenciada de los órganos de control que deben necesariamente ser independientes de toda estructura, para preservar tanto la legalidad como la legitimidad en ambas gestiones en materia de servicios públicos.

Como consecuencia de lo expuesto, se deja aquí planteada la necesidad de reformular los entes reguladores de los servicios públicos actuales, para

diferenciarlos de los organismos de control establecidos en nuestra Constitución Nacional, tal como veremos más adelante.

2.2.1 Hacia un nuevo planteo: el que regula no debe controlar.

El principio general desarrollado por Gordillo (2009, cap. XV-3), según el cual quien concede un servicio público no debe ser al mismo tiempo quien lo controla se ha consolidado como una derivación natural de la división de poderes y del sistema de frenos y contrapesos que inspira a nuestro ordenamiento constitucional.

La experiencia histórica ha mostrado con claridad los riesgos que se derivan de confundir ambas funciones: el poder político que otorga la concesión tiende, en los hechos, a proteger sus propios actos y a minimizar los incumplimientos de las empresas prestatarias, lo que debilita la imparcialidad del control. De allí que los entes reguladores fueron concebidos (o por lo menos se ha intentado) como órganos independientes, dotados de capacidad técnica, para supervisar el cumplimiento de los contratos y garantizar la protección de los usuarios.

Sin embargo, esta afirmación, aunque válida, no resulta suficiente para explicar la complejidad actual de la regulación de los servicios públicos.

La evolución del sistema muestra que no basta con separar al concedente del controlador. El verdadero desafío consiste en distinguir entre la función de regular y la función de controlar, que en nuestro ordenamiento aún aparecen entrelazadas en los mismos órganos, que son los entes reguladores que hoy conocemos.

Como venimos desarrollando, y que reiteramos, regular significa establecer el marco jurídico general que rige la prestación de un servicio público, dictar normas de alcance general y abstracto que fijan condiciones, pautas de calidad, parámetros tarifarios y derechos de los usuarios. Controlar, en cambio, es una tarea de carácter más inmediato y operativo, que supone verificar en casos concretos si los prestadores cumplen o no con esas obligaciones, aplicar sanciones, instruir sumarios y ordenar medidas correctivas.

Cuando ambas funciones se concentran en un mismo organismo, se genera una contradicción estructural.

El ente que dicta la norma regulatoria tiene un interés implícito en demostrar la eficacia de su propio diseño y, en consecuencia, tenderá a minimizar o relativizar

los incumplimientos detectados, porque reconocerlos implicaría admitir que la regulación adoptada fue inadecuada o insuficiente. El controlador, en este caso, se convierte en juez de su propia obra normativa. Al igual que en el principio clásico de división de poderes, donde se rechaza que el legislador juzgue o que el juez legisle, en el ámbito de los servicios públicos debería evitarse que quien regula sea el mismo que controla, ya que solo una clara diferenciación institucional entre ambas funciones puede garantizar imparcialidad y transparencia.

La concentración de regulación y control en un mismo organismo presenta además efectos nocivos para la tutela de los usuarios y consumidores.

En primer lugar, reduce la transparencia, porque las decisiones de control se encuentran sesgadas por la necesidad de legitimar el marco normativo que el propio ente dictó.

En segundo lugar, debilita la confianza ciudadana, al percibirse que el ente que dicta la regla carece de incentivos para reconocer sus fallas y sancionar con rigor los incumplimientos.

En tercer lugar, favorece la captura regulatoria, ya que el poder económico encuentra más sencillo influir sobre un solo organismo que concentra ambas funciones, en lugar de enfrentar a dos instancias diferenciadas.

El esquema actual reproduce, en definitiva, un círculo cerrado: el regulador se convierte en su propio juez, y el control pierde independencia. El resultado es un debilitamiento del sistema de frenos y contrapesos, que debería ser la piedra angular de todo diseño institucional en democracia.

¿No es, acaso, esta la situación que atraviesan hoy los entes reguladores de los servicios públicos en la Argentina? ¿Podría alguien sostener que cualquier semejanza es pura coincidencia?.

La respuesta sin dudas es negativa, o por lo menos, eso creemos.

El nuevo planteo que se propone en este trabajo consiste en que quien regula no debe controlar, implica avanzar hacia un nuevo diseño institucional más complejo, pero también más eficiente y transparente.

En este modelo, los entes reguladores deberían concentrarse exclusivamente en la función normativa, es decir, en dictar reglas generales, establecer parámetros técnicos, definir metodologías tarifarias y garantizar la coherencia del marco jurídico, mientras que la función de control debería recaer en los organismos de

control del art. 42 de la Constitución Nacional, que son distintos, especializados en fiscalización, auditoría y sanción.

Este esquema permitiría que los organismos de control actuaran con plena independencia respecto de las normas dictadas por el regulador, pudiendo señalar las falencias de la regulación, exigir modificaciones y sancionar incumplimientos sin el condicionamiento de estar juzgando su propio diseño.

De esta forma, la relación entre regulación y control se volvería más dinámica y virtuosa: el controlador detectaría problemas y propondría ajustes, mientras que el regulador perfeccionaría el marco normativo a partir de esas observaciones.

La finalidad última de esta diferenciación es reforzar la protección de los usuarios de los servicios públicos, que constituye un mandato constitucional expreso en el artículo 42.

El ciudadano no necesita solo un marco regulatorio justo, sino también un control eficaz e imparcial de su cumplimiento.

Para que esa tutela sea efectiva, es indispensable que el controlador no esté condicionado por la necesidad de legitimar las decisiones regulatorias.

El esquema de separación entre regulación y control fortalece, además, la participación ciudadana, ya que mientras el regulador puede abrir instancias de consulta pública sobre las reglas generales, el controlador puede convertirse en el canal directo para recibir denuncias y reclamos de los usuarios respecto de incumplimientos concretos. Ello incrementa la transparencia, acerca al Estado a la sociedad y evita que las decisiones queden encapsuladas en ámbitos burocráticos o politizados.

En efecto, el principio que sostiene que quien concede no debe controlar conduce necesariamente a este nuevo planteo: quien regula no debe controlar. Ambos derivan de la misma lógica constitucional, que rechaza la concentración de funciones en un mismo órgano y promueve la división de competencias como garantía de imparcialidad.

En la actualidad resulta insuficiente garantizar que los entes reguladores estén separados del poder concedente, pues es imprescindible dar un paso más y separar, dentro del propio diseño institucional, la función regulatoria de la función de control. Solo así podrá asegurarse un sistema verdaderamente independiente, transparente y eficaz, capaz de proteger a los usuarios, resistir las presiones del poder económico y

cumplir con el mandato constitucional de tutela de los derechos en materia de servicios públicos.

2.3 La competencia para dictar regulación según nuestra Constitución Nacional.

Retomando nuevamente la base conceptual consistente en la conveniencia de que las funciones de regulación y de control sean ejercidas por diferentes organismos para garantizar, principalmente, el principio de imparcialidad, objetividad y transparencia, y sentado lo desarrollado en el apartado anterior, corresponde ahora que indagemos cuál es el órgano del Estado al que le corresponde dictar la regulación de los servicios públicos conforme nuestra Constitución Nacional.

De acuerdo con lo establecido en nuestra Carta Magna¹⁶, la regla general es que todas las decisiones relacionadas con la regulación o restricción de los derechos deben emanar de una decisión legal, es decir, una norma de carácter general adoptada por el Poder Legislativo de la Nación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) abordó esta cuestión en la Opinión Consultiva 06/86 y sostuvo que el término 'ley' en el artículo 30 de la Convención se refiere a su sentido formal, es decir, una norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

Sin embargo, la Corte indicó también que esta exigencia no excluye la posibilidad de delegaciones legislativas, siempre que estén autorizadas por la Constitución, se ejerzan dentro de los límites impuestos por ésta y la ley delegante, y que estén sujetas a controles eficaces para no desvirtuar los derechos fundamentales protegidos por la Convención.

Lo expuesto, es compatible con la idea de que el Poder Ejecutivo Nacional puede regular derechos mediante decretos delegados, siempre que se respeten los límites constitucionales y legales, y se asegure un control efectivo. Si el Poder Ejecutivo dicta un decreto delegado conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional, dicho decreto cumpliría las condiciones fijadas por la Corte IDH respecto al artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

¹⁶ Constitución Nacional, artículos 77 a 84.

Además, el artículo 99, inciso 2º de la Constitución Nacional permite al Poder Ejecutivo Nacional ejercer facultades reglamentarias.

Según la Constitución y la práctica institucional, existen cuatro tipos de reglamentos que el Poder Ejecutivo puede dictar válidamente:

- 1- reglamentos autónomos,
- 2- reglamentos ejecutivos,
- 3- reglamentos delegados,
- 4- decretos de necesidad y urgencia.

Cabe aclarar que estos reglamentos expuestos no serán profundizados en este trabajo por no ser objeto de estudio de este. No obstante, su mención es importante a los efectos de esclarecer la existencia de la competencia reglamentaria de parte del Poder Ejecutivo.

En cuanto al análisis doctrinario, encontramos al autor Arballo (2006, cap. II) quien sostiene una interpretación amplia del término 'materias determinadas de administración' que permite delegar facultades regulatorias a la Administración, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 76 de la Constitución Nacional.

Esta interpretación amplia considera que el ejecutor no es solo quien aplica la ley, sino también quien fija condiciones normativas específicas para operativizar la ley.

Por último, el artículo 75, incisos 20 y 32 de la C.N. permite una descentralización normativa.

Entre los autores que han analizado dicha norma, también encontramos a Castro Videla y Maqueda Fourcade (2014, capítulos XIV y XV) quienes destacan que, aunque la delegación de facultades regulatorias al Poder Ejecutivo no puede calificarse como 'materia determinada de administración', no está completamente vedada por la Constitución, ya que puede delegarse a órganos con independencia funcional y técnica conforme al artículo 75, inciso 32 de la CN.

En materia jurisprudencial, la Corte Suprema en el fallo "Colegio Público de Abogados de Capital Federal"¹⁷ ha indicado que toda delegación debe tener bases claras, entendidas como una política legislativa definida. Cuando las bases son genéricas, la legislación delegada será convalidada si constituye una concreción de la política legislativa establecida por el Congreso.

¹⁷ "Colegio Público de Abogados de Capital Federal" (CSJN, 2008)

Este criterio del Máximo Tribunal pone de relieve la importancia del control parlamentario sobre el proceso legislativo delegado, asegurando que el poder normativo no se transfiera sin límites claros. Así, se preserva la función esencial del Congreso como órgano legítimo para definir el contenido y alcance de las políticas públicas, evitando una concentración excesiva de poder en otros órganos o entes administrativos.

En materia específica de servicios públicos, el autor Nallar (2010, pág. 20) sostiene que “la regulación de los servicios públicos encuentra razón legal en la incidencia que tales actividades tienen sobre las necesidades esenciales de la población y debe practicarse necesariamente desde organismos especializados e independientes de los demás poderes del Estado”. Además, agrega que “estos entes pueden ser considerados como un Estado dentro del Estado. Esta característica se hace presente cuando consideramos que aquellos reúnen las tres competencias básicas de todo Estado: legislar, administrar y emitir pronunciamientos de carácter jurisdiccional”.

Este último criterio ha sido el adoptado por los marcos regulatorios hoy vigentes que les dieron origen a los organismos de control en nuestro país, especialmente en los sectores del gas¹⁸, la electricidad¹⁹, el agua²⁰ y las telecomunicaciones²¹, respaldado en su mayoría por la doctrina analizada en los apartados anteriores, y que es cuestionado en el presente trabajo, como venimos desarrollando.

Conforme la postura sostenida a lo largo de este trabajo, consideramos que, si bien los artículos 75, incisos 20 y 32 de la Constitución Nacional habilitan la delegación de facultades regulatorias al Poder Ejecutivo, y este, a su vez, la subdelegación en organismos descentralizados especializados, dicha delegación, aunque en principio se presenta como legítima dentro del esquema constitucional delegativo, resulta incompatible con el espíritu constitucional protector del artículo 42.

¹⁸ Ley 24.076, art. 50.

¹⁹ Ley 24.065, art. 54.

²⁰ Ley 23696, Anexo I, ap. III y decreto 999/92.

²¹ Art. 1º, decreto 1185/90.

Es decir, sostenemos que lejos está en la intención del constituyente de 1994 de concentrar competencias en entes multifuncionales que puedan ejercer de manera indiscriminada todas las atribuciones propias del Estado.

No obstante, así es como están funcionado los actuales entes reguladores de los servicios públicos a lo largo de toda la Argentina, tanto en el ámbito nacional, como en los locales, propios de cada provincia y municipio.

No adherimos a la idea de que el espíritu constitucional del art. 42 haya sido ‘crear un Estado dentro del Estado mismo’.

Consideramos con fundamento técnico jurídico que esto último constituye un avasallamiento a nuestra Constitución Nacional.

La postura expuesta en este trabajo es compartida – aunque de forma implícita – por la Corte Suprema en el fallo “EDENOR c/ Provincia de Buenos Aires” (CSJN, 2003)²², donde destaca que las normas que regulan los aspectos técnicos, de funcionamiento y organización del servicio público de distribución de energía eléctrica es competencia exclusiva del Gobierno Federal.

En dicha causa, si bien la controversia gira en torno a la determinación de si corresponde al Poder Ejecutivo nacional o provincial la competencia para regular aspectos técnicos, operativos y organizativos propios del servicio público, lo cierto es que en ningún caso se habilita que dicha competencia sea ejercida por un organismo de control de los servicios públicos independiente. De este modo, queda esclarecido por la misma Corte, que las facultades regulatorias en materia de servicios públicos deben ser atribuidas al Poder Ejecutivo.

En conclusión, de la interpretación armónica de la Constitución Nacional, de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, surge que la competencia regulatoria en materia de servicios públicos corresponde originariamente al Poder Legislativo, y de manera delegada, limitada y controlada, al Poder Ejecutivo. No así a los organismos de control.

2.3.1 La buena regulación.

²² Edenor S.A. y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. (2003). Fallos, 347:905. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

La noción de 'buena regulación' constituye hoy uno de los principales ejes de discusión en torno al diseño institucional de los organismos públicos y, en particular, de los entes vinculados a la prestación de los servicios públicos.

No se trata de un concepto cerrado ni de una receta única, sino de un paradigma en constante construcción, que busca articular los valores propios del Estado de derecho con los desafíos contemporáneos de gobernanza, eficiencia y participación ciudadana.

En este sentido, la buena regulación puede entenderse como la concreción práctica del principio de buena administración, aplicado de manera específica al campo normativo y regulatorio.

La idea de 'buena administración'²³, consolidada en la doctrina europea y recogida por diversos instrumentos internacionales, sostiene que toda actividad estatal debe regirse por pautas de transparencia, responsabilidad, razonabilidad y proporcionalidad. Este enfoque se proyecta directamente sobre el ámbito regulatorio, pues las normas que establecen las condiciones para el funcionamiento de los servicios públicos no solo determinan las obligaciones de los prestadores, sino que también inciden de manera directa en los derechos de los usuarios y en el desarrollo económico y social de un país. Así, hablar de buena regulación implica necesariamente referirse a un tipo de regulación que, además de ser jurídicamente válida, sea legítima, eficaz y socialmente aceptada.

La tradición jurídica de nuestro país, heredera en buena medida de la corriente continental europea, solía concebir a la administración como un mero ejecutor de las leyes emanadas del Poder Legislativo. Bajo esta concepción clásica, la función administrativa no era vista como un espacio de deliberación política, sino como un engranaje destinado a aplicar decisiones previamente adoptadas en otros ámbitos. Este modelo, que algunos autores identifican con el paradigma burocrático²⁴, reducía el papel de la administración a la condición de 'correa de transmisión' de las políticas públicas.

Sin embargo, las transformaciones sociales, económicas y políticas de las últimas décadas han erosionado este paradigma. En la actualidad, se reconoce que la

²³ Ponce Solé, J., "El derecho a la buena administración y la calidad de las decisiones administrativas", en Castro, A. (ed.), Buen gobierno y derechos humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú, IDEHPUCP, Lima, ps. 85-120.

²⁴ Prats, J., "Derecho y management en las Administraciones Públicas", en *Ekonomiaz: revista vasca de economía*, nro. 26, 1993, ps. 130-143.

legitimidad de la administración pública ya no se asienta únicamente en la referencia formal a la ley, sino también en su capacidad de interactuar con los distintos niveles de gobierno, con las organizaciones de la sociedad civil y con el sector privado. Este cambio ha dado origen a la noción de buena administración y, de manera más específica, al movimiento internacional conocido como *better regulation* o *smart regulation*, cuyo propósito es mejorar la calidad de la intervención estatal mediante instrumentos más racionales, participativos y eficientes.

Uno de los principios centrales de la buena regulación es la transparencia. Este valor no debe entenderse solo como publicidad de los actos administrativos, sino como un verdadero derecho de la ciudadanía a acceder a la información pública y a participar en la toma de decisiones que la afectan. Una regulación transparente no se limita a publicar las normas en un boletín oficial, sino que procura involucrar a los destinatarios de manera temprana en el proceso de elaboración. Audiencias públicas, consultas en línea, laboratorios de innovación y otras modalidades participativas permiten que las reglas no sean percibidas como imposiciones externas, sino como el resultado de un diálogo social.

En esta dirección, la buena regulación busca prevenir fenómenos como la captura regulatoria, que ocurre cuando las normas terminan respondiendo a los intereses de los sectores regulados en lugar de proteger a los usuarios o al interés público.

La transparencia y la participación operan como antídotos frente a este riesgo, al abrir el proceso decisorio a la mirada ciudadana y a la pluralidad de actores sociales. Aunque estos mecanismos no garantizan por sí mismos decisiones “sabias” o libres de controversia, sí incrementan la legitimidad democrática y facilitan el control social sobre la gestión pública.

Otro componente esencial de la buena regulación es la proporcionalidad. Este principio exige que toda medida normativa sea idónea para alcanzar el fin propuesto, necesaria en el sentido de que no exista una alternativa menos gravosa, y equilibrada en cuanto a los beneficios que produce en comparación con las cargas que impone. En materia de servicios públicos, la proporcionalidad se traduce en la obligación de dictar reglas que mejoren efectivamente la calidad y accesibilidad del servicio sin generar costos excesivos o injustificados para los usuarios o para los prestadores. Esto es precisamente lo que ocurre cuando un mismo ente ejerce funciones de regulación y de control simultáneas. Una regulación desproporcionada, que imponga

cargas innecesarias o restrinja de manera desmedida derechos individuales, lejos de fortalecer al sistema, termina debilitando su eficacia y legitimidad.

La buena regulación no se agota en el momento de dictado de la norma. Por el contrario, constituye un proceso dinámico que abarca tres etapas: la fase previa, en la que se identifican los problemas y se evalúan las alternativas disponibles; la fase de elaboración y adopción, en la que se redacta y aprueba la norma; y la fase posterior, en la que se monitorea su implementación y se evalúan sus resultados. Esta última etapa es particularmente relevante, pues permite corregir errores, ajustar políticas y garantizar que los objetivos perseguidos efectivamente se cumplan. En este sentido, la evaluación ex post es un componente ineludible de la buena regulación.

En la práctica, las experiencias de buena regulación han demostrado que el procedimiento es tan importante como el contenido. Normas elaboradas sin participación ni justificación suficiente, aunque técnicamente correctas, suelen carecer de legitimidad social y enfrentan resistencias en su implementación. Por el contrario, decisiones adoptadas a través de procesos inclusivos y transparentes tienden a generar mayor confianza y cumplimiento voluntario. La regulación deja de ser percibida como un acto unilateral de la autoridad y se transforma en el producto de una construcción colectiva.

En nuestro país, la incorporación de la noción de buena regulación plantea desafíos significativos. La experiencia de los entes reguladores de servicios públicos muestra que, en muchos casos, la concentración de funciones regulatorias y de control en un mismo organismo ha afectado tanto la independencia institucional como la calidad de las decisiones adoptadas. La superposición de roles, lejos de promover eficiencia, ha derivado en prácticas burocráticas, discrecionalidad y pérdida de confianza ciudadana.

Resulta entonces imprescindible repensar el diseño institucional para garantizar que la regulación sea producto de un proceso racional y participativo, mientras que el control sea ejercido por órganos independientes encargados de fiscalizar el cumplimiento de las reglas. Esta diferenciación funcional no solo responde a criterios de buena regulación, sino que también es coherente con el mandato constitucional del artículo 42, que prevé organismos de control independientes orientados a proteger los derechos de usuarios y consumidores.

La buena regulación también exige tener en cuenta el impacto económico y social de las decisiones. Ello implica realizar evaluaciones de impacto normativo que permitan anticipar los efectos de una medida antes de adoptarla. En Europa y otros países, estas herramientas se han convertido en instrumentos habituales de gobernanza, al punto de que ninguna regulación de relevancia puede aprobarse sin un análisis previo de sus costos, beneficios y alternativas. En la Argentina, la implementación de estas prácticas todavía es incipiente, pero su incorporación resultaría de gran utilidad para mejorar la previsibilidad y la calidad de las políticas públicas.

No menos importante es el vínculo entre buena regulación e innovación. Una regulación rígida, diseñada sin considerar la evolución tecnológica o los cambios sociales, corre el riesgo de volverse obsoleta en poco tiempo. En cambio, un enfoque de regulación inteligente promueve la flexibilidad y la adaptación, facilitando la incorporación de nuevas tecnologías, modelos de negocio y prácticas sociales que mejoren la calidad del servicio y la experiencia de los usuarios. La regulación no debe ser vista como un obstáculo a la innovación, sino como un marco que la orienta y asegura su compatibilidad con el interés general.

En síntesis, la buena regulación puede definirse como aquella que combina legalidad, legitimidad y eficacia. Legalidad, porque se dicta conforme a la Constitución y a las leyes vigentes; legitimidad, porque se sustenta en la transparencia, la participación y la rendición de cuentas; y eficacia, porque logra sus objetivos sin imponer cargas innecesarias. Este triple equilibrio constituye la base de un sistema regulatorio moderno y democrático.

La aplicación de estos principios en el ámbito de los servicios públicos resulta particularmente relevante. La calidad, continuidad y accesibilidad de estos servicios incide de manera directa en derechos fundamentales de la ciudadanía, como la salud, la educación, la movilidad y la comunicación. Por ello, no basta con tener regulaciones técnicamente correctas, se requiere además que sean justas, comprensibles y sostenibles en el tiempo. Solo así se podrá garantizar que los organismos reguladores cumplan con su verdadera finalidad, que es proteger a los usuarios, promover la eficiencia y asegurar el interés general.

Desde esta perspectiva, la buena regulación no es un concepto accesorio ni una moda académica, sino un imperativo constitucional y democrático. Constituye el camino necesario para superar la crisis de legitimidad que atraviesan los entes

reguladores en nuestro país y para construir un Estado capaz de intervenir en la economía sin sacrificar la transparencia, la independencia y la participación ciudadana. En última instancia, la buena regulación se presenta como un instrumento de fortalecimiento institucional, que permite al Estado cumplir con su misión esencial: garantizar el bienestar de la comunidad en un marco de respeto a los derechos y de confianza ciudadana.

2.4 Las facultades de los organismos de control según la Constitución Nacional.

Sentado lo expuesto en el apartado anterior, consistente en que la competencia regulatoria corresponde al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, y que dicha atribución no debe confundirse ni ejercerse juntamente con las funciones de control, corresponde ahora examinar entonces cual es la competencia de los organismos de control de los servicios públicos establecidos en el artículo 42 de la Constitución Nacional²⁵.

Conforme ya desarrollamos con anterioridad, la mayoría de la doctrina especializada en la materia, respaldada por lo dispuesto en los marcos regulatorios de los servicios públicos, apoyan la idea de que estos organismos de control del art. 42 puedan ejercer funciones regulatorias.

Entre ellos, mencionamos a Bianchi (2006, pág. 77-100) quien considera que “la delegación que reciben los entes reguladores está comprendida dentro de las materias determinadas de la administración del Artículo 76”. En sentido similar encontramos a Canosa (1998, pág. 179-180) quien admite también la posibilidad de que el Congreso delegue válidamente sus facultades a los entes reguladores de servicios públicos por ser “creados para éste en ejercicio de sus facultades

²⁵ Constitución Nacional, Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

constitucionales propias y exclusivas”. También encontramos a Cassagne (2016, pág. 331-332) quien al analizar la cuestión de que si es admisible la delegación de facultades en los entes reguladores a la luz del art. 76, concluye que se aplica esta norma para la delegación de facultades legislativas a tales entes. Asimismo, Gordillo (2009, XV-8) ha expresado que “la facultad regulatoria, dentro del marco de la ley respectiva, es propia y específica de estos entes y debe considerarse separada del poder concedente”.

En definitiva, de la doctrina analizada se desprende un criterio mayoritario coincidente en reconocer que los entes reguladores no solo pueden, sino que deben ejercer funciones de regulación dentro del marco de la ley que los crea, en tanto dicha potestad resulta inherente a su naturaleza técnica y especializada. Así, la delegación legislativa a su favor, prevista en el artículo 76 de la Constitución Nacional, aparece como un mecanismo constitucionalmente válido y doctrinariamente aceptado, consolidando la idea de que la regulación de los servicios públicos constituye una función propia y específica de estos organismos.

En el ámbito jurisprudencial, la Corte Suprema nacional ha admitido la delegación legislativa directa e indirecta en determinados entes descentralizados. Ejemplo de ello, podemos citar el caso “Selcro”²⁶ donde el Máximo Tribunal admitió implícitamente la delegación directa en órganos subordinados al presidente, aplicando las exigencias del art. 76 de la Constitución.

En esta causa, si bien la Corte declaró la inconstitucionalidad de una delegación segundo grado, lo hizo debido a que incumplía con las exigencias del art. 76, pero no en virtud del sujeto destinatario de esa delegación.

Con posterioridad, en el caso “Consolidar”²⁷ la Corte involucró la delegación directa de facultades legislativas en cabeza de los entes autárquicos que integran la administración pública centralizada.

En este caso, la Corte Suprema, adhiriendo al dictamen de la Procuración, confirmó la decisión de la Cámara que hizo lugar a la acción de amparo y declaró su inconstitucionalidad, pero al hacerlo, tampoco analizó su validez desde la perspectiva del sujeto pasivo de la delegación, cuestión que sí había sido abordada por la Cámara. De esta manera, puede interpretarse como una admisión implícita de la delegación de segundo grado en entes descentralizados.

²⁶ “Selcro SA”, 2003, Fallos 326:4251

²⁷ “Consolidad S.A. – ART c. Superintendencia Riesgo Trabajo”, Causa C. 1842, L.XLIII 29/12/2009.

Una decisión similar, fue adoptada en el caso “Swiss Medical”²⁸.

En este último caso, la Corte declaró la inconstitucionalidad de los art. 25 de la ley 26.682, 25 del decreto n° 1993/2011 y de la resolución n° 1769/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud. Pero, a diferencia del anterior, aquí la entidad descentralizada no había recibido directamente del Congreso la facultad legislativa, sino que esta le había sido subdelegada por el Poder Ejecutivo mediante el decreto n° 1993/2011.

De este modo, la Corte reiteró su doctrina en la materia y declaró la inconstitucionalidad de las normas impugnadas sobre la base de aplicar el principio de legalidad tributaria como un límite a la delegación legislativa, pero sin analizar ni cuestionar su validez desde la perspectiva del sujeto pasivo de la delegación, que es una entidad autárquica que integra la administración pública descentralizada.

En efecto, podría decirse con estos precedentes jurisprudenciales, que la Corte nacional ha admitido en general que el Congreso puede delegar sus facultades en entes descentralizadas.

No obstante, todo este desarrollo doctrinal y jurisprudencial, cabe preguntarnos lo siguiente: ¿este criterio aplica a los organismos específicos de control de los servicios públicos establecidos por el art. 42 de la Constitución Nacional?

Del análisis del último párrafo del artículo 42 de la Constitución Nacional surge claramente que no fue intención de los constituyentes de la reforma de 1994 crear entidades regulatorias en materia de los servicios públicos, sino que su propósito fue claramente crear organismos específicos de control. Y cuando se refieren a control, tampoco es en general, sino puntualmente sobre la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios, en protección de los usuarios y consumidores.

Reiteramos e insistimos que fueron los respectivos marcos regulatorios de cada servicio, establecidos mediante leyes o decretos, los que dieron origen al término ‘ente regulador’ para definir los organismos de control de los servicios públicos del art. 42.

²⁸ “Swiss Medical S.A. c. EN – SSS s/ amparo ley 16.986”, 2020, Fallos. 343:86.

Como bien indica Gordillo (2009, pág. XII-36) “(l)a Constitución habla de “órganos de control” para referirse a lo que la legislación y la práctica denominan “entes reguladores”.

Siguiendo esta línea, sostenemos en este trabajo que los entes reguladores creados por los marcos regulatorios vigentes hoy en la Argentina no se ajustan al mandato constitucional.

La terminología utilizada en la Constitución Nacional, específicamente en el artículo 42, no es un detalle menor, ya que al referirse a estos organismos como ‘de control’, deja en claro que su función específica es la supervisión de los servicios públicos.

Por ende, al ser indebidamente configurados como ‘entes reguladores’ por los marcos regulatorios que los crearon, además de denominarlos erróneamente, les atribuyeron competencias de carácter regulatorias, procediendo a desnaturalizarlos, ocasionando una grave crisis institucional de los mismos, conforme ya desarrollamos en el capítulo anterior.

Esta postura sostenida a lo largo de este trabajo es respaldada por Pérez Hualde (2017, p. 153), quien sostiene que “(l)os entes reguladores de los servicios públicos no son los que contempla el artículo 42 de la Constitución Nacional cuando menciona a los ‘organismos de control’, pues la norma constitucional no previó otorgarle a estos la tarea de la regulación del servicio ...”.

Asimismo, es seguida por Pritz (citado en Sarmiento García, 1995), quien indica que luego de la última reforma de la Constitución Nacional, no son los entes los que emiten las reglas a las cuales debe ajustarse el servicio. Al contrario, en principio las reglas deben ser emitidas por el Poder Legislativo, siendo los entes encargados de hacer cumplir esas reglamentaciones. Es por eso que la Constitución (art. 42) distingue claramente entre los “marcos regulatorios” que deben surgir de la legislación y “los organismos de control”. Concluyendo en este sentido que su función fundamental no es la de dictar “reglas”, sino la de “control”.

Por lo tanto, como consecuencia de lo desarrollado, podemos afirmar con fundamento jurídico que los marcos regulatorios que crearon los organismos de control de los servicios públicos preestablecidos en el art. 42 y que les atribuyeron facultades regulatorias se contraponen con el texto constitucional, resultando, por ende, inconstitucionales.

Conforme lo establece el mencionado artículo de nuestra Constitución, estos organismos ostentan facultades de control específicos sobre la eficiencia y calidad de los servicios públicos, así como de resolución de conflictos en la materia que les compete, en protección de los usuarios.

Estas facultades específicas fueron claramente definidas por el autor Pérez Hualde (2010, pág. 15) al expresar que “La “calidad” puede ser definida como “la capacidad de un conjunto de características intrínsecas para satisfacer requisitos”. Por lo tanto, el “control de calidad”, como garantía constitucional no es otra que la comprobación permanente de que el servicio público se presta efectivamente cumpliendo los requisitos necesarios para la satisfacción de la necesidad que tiene por objeto específico, y que lo hace en cumplimiento estricto de los caracteres esenciales de generalidad, igualdad, continuidad, regularidad y obligatoriedad; caracteres que son, precisamente, los que la ley respectiva ha tenido como finalidad cuando ha establecido la cobertura de esa necesidad bajo el régimen propio imperativo de derecho público. La “eficiencia”, concepto esencialmente económico, se obtiene cuando, mediante el empleo de los medios técnicos, jurídicos, sociales, políticos y económicos disponibles, se obtiene la máxima calidad de servicio –en el sentido expresado- que ellos razonablemente posibilitan”.

En definitiva, el mandato constitucional consagrado en el artículo 42 no puede interpretarse sino como la clara voluntad del constituyente de 1994 de instituir organismos de control, cuya misión esencial es fiscalizar, supervisar y garantizar que los servicios públicos se presten con niveles adecuados de calidad y eficiencia. En consecuencia, dichos organismos no fueron concebidos para concentrar las potestades regulatorias, ejecutivas y jurisdiccionales propias de los poderes del Estado, sino para constituirse en garantes imparciales de los derechos de los usuarios y consumidores frente a los prestadores, sean estos públicos o privados. De este modo, el artículo 42 se erige en un pilar de tutela constitucional, asegurando que el interés general prevalezca sobre intereses sectoriales o particulares, y consolidando la idea de que la verdadera legitimidad en la prestación de los servicios públicos descansa en un control eficaz y transparente.

CAPÍTULO III

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA REGULACIÓN

3.1 Las políticas públicas.

Otro aspecto relevante considerado en el presente trabajo para esclarecer más aún cual debe ser el órgano competente para regular los servicios públicos, y si este debe ser diferenciado o no de los organismos de control, consiste en comprender en qué medida la regulación abarca e incorpora las políticas públicas definidas por el Estado.

Si bien no toda regulación constituye una política pública, lo cierto es que toda política pública termina reflejándose en la regulación.

Para abordar esta cuestión, resulta necesario en primer término delimitar qué se entiende por políticas públicas.

Entre los diversos conceptos que abundan de políticas públicas, destacamos el de Vargas, C. S. (2012, pág. 47-52) que las define como las sucesivas respuestas del Estado frente a situaciones socialmente problemáticas. Según esta concepción, toda política pública persigue un fin específico y concreto, que consiste en resolver problemas que afectan a la comunidad. En este sentido, las políticas públicas se constituyen como herramientas eficaces para mejorar la calidad de vida de determinados sectores sociales, al ofrecer una vía institucional para transformar la realidad de manera sostenible en el tiempo.

En esa misma línea, pero con un enfoque más filosófico, encontramos la teoría expuesta por Erbiti (2001) quien sostiene en su ponencia que las políticas públicas establecen cursos de acción orientados a abordar problemáticas o a proveer bienes y servicios a segmentos específicos de la sociedad. En esta visión, las políticas públicas no se limitan a anunciar intenciones, sino que articulan un conjunto de objetivos, instrumentos para su cumplimiento, asignación de recursos y determinación de los actores responsables - tanto gubernamentales como no gubernamentales - de su ejecución. Así, la política pública se manifiesta a través de

un lenguaje técnico-normativo que permite comunicar los objetivos perseguidos y los medios empleados.

Bajo estas definiciones, podemos afirmar entonces que las políticas públicas constituyen un entramado de iniciativas, decisiones y acciones adoptadas por el régimen político frente a situaciones problemáticas, con el objetivo de resolverlas o mitigarlas.

De este modo, aunque el Estado cumple un rol central en este proceso, no actúa de manera aislada. Tiene la responsabilidad de convocar, coordinar y articular a otros actores, como el sector privado y la ciudadanía, para garantizar la eficacia en el diseño e implementación de las políticas.

En este sentido, las políticas públicas se convierten en una red compleja de decisiones y acciones compartidas entre múltiples actores:

- instituciones gubernamentales,
- partidos políticos,
- organizaciones de la sociedad civil,
- empresas;
- proveedores de materiales e insumos;
- y ciudadanos, entre los principales.

Se trata, por tanto, de un proceso de construcción y mediación social que refleja las tensiones, consensos y objetivos compartidos entre el Estado y los diversos grupos sociales.

Es así como, el propósito esencial de las políticas públicas es corregir inequidades, mitigar efectos negativos y resolver problemas en sectores específicos.

Cada intervención del Estado mediante una política pública implica, inevitablemente, la adopción de una posición frente a los problemas que afectan a la sociedad, y también frente a los actores involucrados en su resolución.

En definitiva, mediante la determinación de políticas públicas, el Estado se legitima a través de su capacidad de respuesta y ejecución, y alcanza su desarrollo como garante de derechos y bienestar colectivo.

En consecuencia, puede afirmarse que las políticas públicas se gestan a partir del consenso social, como expresión de la voluntad colectiva orientada al beneficio común de toda la comunidad.

3.2 Un nuevo enfoque.

Profundizando lo expuesto con anterioridad, en las últimas décadas, el estudio y diseño de las políticas públicas ha experimentado una transformación significativa. Se ha transitado de un paradigma centrado en la mera ejecución normativa a una concepción integral que busca comprender la complejidad social, económica e institucional en la que dichas políticas se implementan. Esta evolución no es ajena al campo de la regulación de los servicios públicos, donde el rol de los entes reguladores se entrelaza con los principios de gobernanza, legitimidad y eficacia en la intervención estatal (FIDA, 2024)²⁹.

La regulación de los servicios públicos debe entenderse como parte de un proceso más amplio de construcción de políticas públicas. En este sentido, los enfoques contemporáneos destacan la necesidad de una mirada flexible y dinámica que supere las visiones lineales y jerárquicas del pasado, lo que resulta indispensable para repensar el papel del Estado y de sus instituciones regulatorias frente a las demandas sociales y los desafíos del desarrollo sostenible.

El diseño de políticas públicas ya no puede sustentarse en esquemas rígidos o puramente burocráticos, sino que requiere modelos más inclusivos, interdisciplinarios y participativos (FIDA, 2024). Ello implica reconocer que las problemáticas sociales son multidimensionales y que su abordaje demanda la articulación de diversos actores estatales y no estatales. En el ámbito de los servicios públicos, este cambio de paradigma tiene efectos directos: la regulación no puede limitarse únicamente a la fijación de tarifas o a la reglamentación técnica, sino que debe orientarse a garantizar derechos, incorporar la perspectiva de los usuarios y atender criterios de equidad y sostenibilidad.

La complejidad creciente de las sociedades modernas exige que los entes reguladores operen bajo principios de gobernanza, entendida como la capacidad de coordinar actores, recursos y procesos para alcanzar fines colectivos (FIDA, 2024). Este concepto supone un alejamiento del modelo verticalista hacia esquemas en red,

²⁹ FIDA. (2024). Nuevo enfoque de políticas públicas. Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola.

donde las instituciones regulatorias interactúan con concesionarias, usuarios, organismos internacionales y ciudadanía organizada. De este modo, la legitimidad de la regulación ya no se mide exclusivamente por la legalidad formal, sino también por su capacidad de generar consensos, de responder a demandas sociales y de garantizar condiciones de justicia social.

El nuevo enfoque también subraya la importancia de la innovación en el diseño y aplicación de políticas públicas. En el campo de la regulación de servicios públicos, ello se traduce en la incorporación de herramientas de evaluación de impacto, métricas de desempeño y mecanismos de transparencia que permitan verificar si las decisiones adoptadas mejoran efectivamente la calidad de vida de la ciudadanía (FIDA, 2024). La regulación, así concebida, no es un proceso estático, sino un ciclo de mejora continua orientado a resultados tangibles.

Asimismo, uno de los aportes más significativos de este enfoque es la participación ciudadana como condición esencial para la legitimidad. La intervención de los usuarios mediante audiencias públicas, consultas previas, acceso a la información y rendición de cuentas transforma a la ciudadanía en un actor activo dentro del proceso regulatorio. Este cambio no solo fortalece el control democrático, sino que también enriquece las decisiones regulatorias con perspectivas y conocimientos diversos.

En suma, el análisis del nuevo enfoque de políticas públicas permite comprender la necesidad de transformar el rol de la regulación de los servicios públicos. Ya no basta con concebirla como una mera técnica de control o de fijación normativa; debe ser entendida como una función estratégica que articula transparencia, participación y adaptación a contextos complejos. La buena regulación se presenta, de este modo, como un componente indispensable de la buena administración, y ambas como pilares del fortalecimiento democrático y del desarrollo sostenible.

3.3 La regulación de los servicios públicos en el marco de las políticas públicas.

Partiendo de la concepción de políticas públicas y lo expuesto en el apartado anterior, abordaremos a continuación el rol que el Estado desempeña en su formulación e implementación mediante la regulación, para luego finalizar con el

análisis consistente en que si esta función regulatoria corresponde sea ejercida por los organismos de control del art. 42 de la Constitución Nacional.

Como ya adelantamos en el comienzo de este capítulo, el análisis del rol del Estado en la formulación e implementación de políticas públicas exige una clara diferenciación entre los poderes que lo componen, así como de las funciones constitucionales y administrativas que cada uno de ellos ejerce.

Al respecto, resulta particularmente relevante la visión de Balbín (2018, cap. II), quien distingue de manera precisa el papel que corresponde a cada uno de los poderes del Estado en relación con las políticas públicas.

De acuerdo con dicho autor, el Poder Legislativo cumple una función central en la definición de los lineamientos estructurales de las políticas públicas, a través de la sanción de leyes que establecen marcos normativos generales y orientaciones estratégicas para la acción estatal.

Esta tarea, implica que es el Congreso quien, en virtud de su legitimidad democrática y representativa, determina las prioridades públicas y fija los objetivos que guiarán la actuación de los demás poderes.

Por su parte, sostiene dicho autor, que el Poder Ejecutivo desempeña un rol esencial en la implementación de dichas políticas, transformando los mandatos legislativos en acciones concretas de gobierno. Esta implementación no implica un rol creador en sentido estricto, sino una función de desarrollo y aplicación técnica y administrativa de los lineamientos establecidos previamente por el legislador.

En este marco, el Ejecutivo debe integrar mecanismos de participación ciudadana, asegurando así mayor legitimidad y eficacia en la ejecución de las políticas públicas.

Por último, aclara que, en cuanto al Poder Judicial, su intervención en la formulación de políticas públicas es excepcional y se activa, principalmente, cuando están en juego derechos fundamentales, particularmente los derechos económicos, sociales y culturales. Así, mediante decisiones que reconocen, garantizan o amplían el alcance de estos derechos, el Poder Judicial puede incidir indirectamente en el diseño o reorientación de políticas públicas.

Siguiendo este enfoque, se observa que el Poder Ejecutivo actúa como ejecutor y gestor de políticas previamente definidas, no como su originador autónomo.

En otras palabras, si el Poder Legislativo es el órgano que define el rumbo general mediante normas y el Poder Judicial es quien garantiza el respeto a los derechos fundamentales en situaciones concretas, el Poder Ejecutivo cumple con la función de convertir esas disposiciones en programas, planes y acciones administrativas concretas, en el marco de su competencia y bajo el control de legalidad correspondiente.

A partir de esta clara distribución funcional, resulta sencillo comprender que los organismos de control de los servicios públicos, siendo estos consideramos como entes descentralizados y autárquicos de la administración pública, no se encuentran habilitados para definir políticas públicas, es decir, regular en este aspecto.

Es decir, lejos esta la competencia de los organismos de control de los servicios públicos del art. 42 de la Constitución regular en materia de políticas públicas, y eso es así, sostenemos, porque de serlo concentrarían funciones incompatibles entre sí, afectando la sustentabilidad institucional requerida.

Si bien no adherimos a la postura de que el Poder Ejecutivo no tenga competencia para fijar ciertas políticas públicas, consideramos que esta no puede ser a su vez delegada a los organismos de control de los servicios públicos, por el límite impuesto por el art. 42.

En otras palabras, el límite de competencia se encuentra establecido en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Como venimos sosteniendo, la competencia de estos organismos, en virtud de lo establecido en la Constitución Nacional, se circunscribe principal y fundamentalmente al control del cumplimiento, por parte de las empresas concesionarias o licenciatarias, de los estándares de eficiencia, regularidad, continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos, conforme lo previsto en los respectivos marcos regulatorios y en los contratos de concesión o licitación.

Por lo tanto, cualquier pretensión de atribuirles a los organismos de control funciones de creación normativa sustantiva o definición autónoma de políticas públicas resulta incompatible con la estructura constitucional de distribución de competencias y con el principio de legalidad, establecido en el art. 42 de nuestra Constitución.

Conforme venimos desarrollando, el rol de los organismos de control debe limitarse al seguimiento y fiscalización del cumplimiento de los objetivos previamente definidos por el legislador y puestos en ejecución por el Poder

Ejecutivo, sin que ello implique la asunción de competencias regulatorias originarias que en principio le corresponden al Congreso de la Nación, o en su defecto, al Ejecutivo por delegación delimitada por la ley.

En efecto, el diseño institucional previsto por el artículo 42 de la Constitución Nacional no busca erigir a los organismos de control como órganos multifuncionales, sino como entes técnicos especializados cuya misión es precisamente garantizar que las políticas públicas definidas por el Estado sean debidamente implementadas y respetadas por los operadores de servicios públicos, en resguardo de los derechos de los usuarios y consumidores.

Y como hemos sostenido a lo largo de este trabajo, para lograr dicho cometido, indefectiblemente deben separarse en materia de servicios públicos, los 'entes reguladores' y los 'organismos de control'.

3.4 La competencia de los organismos de control para definir las políticas públicas.

Como venimos desarrollando, el interrogante acerca de si los organismos de control de los servicios públicos pueden o no asumir funciones vinculadas con la definición de políticas públicas constituye una cuestión central para el análisis de la estructura institucional de nuestro sistema jurídico administrativo y constitucional.

El diseño constitucional, junto con el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, permite esclarecer los límites y alcances de dicha competencia.

En primer término, resulta necesario destacar que las políticas públicas, por su propia naturaleza, constituyen una manifestación de la potestad de gobierno. En ellas se condensan decisiones estratégicas que comprometen el interés general y que demandan legitimidad democrática, tanto en su definición como en su implementación. De este modo, la determinación de políticas públicas es un acto de gobierno en sentido material, reservado a los órganos que expresan de manera directa la voluntad popular: el Poder Legislativo al establecer marcos normativos y el Poder Ejecutivo al ejecutar los lineamientos fijados. Aunque también, como vimos, el Poder Ejecutivo puede fijar políticas públicas y luego remitir los proyectos al Congreso para su formulación mediante ley.

Desde esta perspectiva, resulta claro comprender que los organismos de

control carecen de la legitimidad de origen necesaria para erigirse como definidores de políticas públicas.

En efecto, su fundamento jurídico, como venimos desarrollando, radica en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que los concibe como instrumentos institucionales para garantizar la transparencia, eficiencia y protección de los derechos de los usuarios, a través del control de la prestación de los servicios públicos, fiscalizando la calidad y eficiencia de los mismos y aplicando sanciones en caso de incumplimiento para direccionar su comportamiento.

En consecuencia, su competencia es esencialmente técnica y limitada a la verificación de que las empresas concesionarias o licenciatarias de servicios públicos ajusten su actuación a los parámetros normativos y contractuales previamente establecidos por el legislador y el Poder Ejecutivo.

Pretender que los organismos de control asuman la función de definir políticas públicas implicaría una alteración sustancial del esquema constitucional. Ello supondría, por un lado, atribuir a estos entes descentralizados una potestad de carácter político que les es ajena, y por otro, desdibujar el principio republicano de división de poderes al desplazar la función deliberativa propia del Congreso y la función ejecutiva del Poder Ejecutivo. En términos de derecho administrativo, significaría desbordar el principio de legalidad, al conferir a órganos creados para controlar el cumplimiento de normas, la capacidad de dictarlas en materia sustantiva. No obstante, es necesario reconocer que los organismos de control ejercen un rol indirecto en el proceso de construcción de políticas públicas, en tanto su labor técnica genera información, diagnósticos y recomendaciones que resultan insumo fundamental para la toma de decisiones estatales. En este sentido, aunque no poseen facultades para definir autónomamente las políticas, sí pueden contribuir a su perfeccionamiento a través de la producción de datos confiables, la evaluación del desempeño de los prestadores y la detección de deficiencias estructurales en la regulación vigente. Su valor radica, precisamente, en constituirse en un puente entre el plano técnico de la gestión y el plano político de la decisión. Pues bien, como indicamos al comienzo de este capítulo, las políticas públicas son gestadas en la propia comunidad, para luego ser definidas por el Poder Legislativo y aplicadas por el Poder Ejecutivo. Aunque consideramos de nuestra parte que el Ejecutivo también puede definir las.

En suma, los organismos de control deben ser concebidos como garantes del

cumplimiento de las políticas públicas previamente definidas por los órganos competentes, y no como órganos de creación de dichas políticas.

La confusión de funciones, lejos de fortalecer el sistema, genera serios riesgos de discrecionalidad y pérdida de legitimidad democrática.

La clave reside en preservar la especialización técnica y la independencia funcional de estos organismos, al tiempo que se asegura que la definición de las políticas públicas permanezca en la órbita de quienes ostentan representación política.

CAPÍTULO IV

LA INDEPENDENCIA FUNCIONAL Y SU RELACIÓN CON EL PODER EJECUTIVO

4.1 La independencia funcional de los organismos de control de los servicios públicos.

Siguiendo la metodología utilizada en este trabajo, comenzamos este último capítulo formulando el siguiente interrogante: ¿Es realmente necesario que los organismos de control de los servicios públicos sean independientes?

La respuesta a esta pregunta no solo reviste un interés teórico, sino que posee una importancia práctica en tanto condiciona el grado de eficacia, transparencia y legitimidad con que se ejerce el control estatal sobre los prestadores de servicios públicos, ya sean estos públicos o privados.

Para comenzar, advertimos en primer lugar – y reiteramos - que nuestra Constitución Nacional, en su artículo 42, no hace una mención expresa a la denominación de ‘organismos independientes’, sino que se refiere a ‘organismos de control’. Sin embargo, entendemos que esta omisión no puede ser interpretada como una licencia para que tales organismos carezcan de autonomía funcional, técnica o presupuestaria respecto del Poder Ejecutivo, es decir, gocen de independencia. Por el contrario, si velamos por una interpretación integral del texto constitucional, en armonía con los principios del Estado de Derecho, se impone una lectura que privilegia la imparcialidad, objetividad y eficacia del control como elementos esenciales para la tutela efectiva de los derechos de los consumidores y usuarios.

Al respecto, la doctrina ha desarrollado varios argumentos contundentes que permiten sostener la necesaria independencia de los organismos de control, aun cuando ello no surja expresamente del texto constitucional, como veremos seguidamente.

Así encontramos a Sarmiento García (1999, pág. 145), quien sostiene que el

debido proceso administrativo, principio reconocido como garantía constitucional, incluye la existencia de organismos imparciales e independientes del poder concedente. Este razonamiento es compartido por Gordillo (2009, cap. XV-6), quien afirma que, si bien los organismos de control previstos en el artículo 42 no deben confundirse con órganos jurisdiccionales, su existencia es una garantía constitucional autónoma. Se trata de entes que, sin reproducir todas las características del Poder Judicial, deben reunir condiciones esenciales de objetividad, estabilidad y suficiencia técnica.

Desde esta perspectiva, la independencia no es una opción discrecional del legislador o del Poder Ejecutivo, sino una exigencia derivada del propio orden constitucional. La independencia funcional e imparcialidad objetiva se ve gravemente afectada cuando los órganos encargados de controlar a las empresas concesionarias se encuentran jerárquicamente subordinados al mismo poder que otorgó la concesión. En tales condiciones, el control se desnaturaliza, transformándose en una mera formalidad sin capacidad real de incidir en la fiscalización de los controles de eficiencia y calidad de los servicios públicos en protección de los derechos de los usuarios y consumidores.

De allí que la independencia de los organismos de control deba ser garantizada respecto de dos frentes principales:

Por un lado, frente al poder concedente, y para ello, los organismos deben estructurarse como entes autárquicos, con autonomía funcional, presupuestaria y de decisión. Esto implica que no deben estar sometidos a instrucciones jerárquicas que limiten su capacidad de intervención o fiscalización. Además, deben contar con personal técnico altamente capacitado, seleccionado por criterios de idoneidad profesional y no por afinidades políticas o criterios discrecionales.

Por el otro, frente a los controlados, es decir, las prestadoras de los servicios públicos. Para ello, se deben establecer procedimientos de selección de personal transparentes, códigos de ética funcional, sistemas de incompatibilidades y mecanismos de rendición de cuentas, para evitar situaciones de captura, donde los controlados logran influir en las decisiones del ente controlador.

Asimismo, la estructura institucional de estos organismos debe prever garantías de estabilidad en los cargos directivos, para evitar que los cambios políticos afecten su continuidad y su orientación técnica.

La independencia también debe proyectarse en el plano presupuestario,

asegurando que cuenten con los recursos necesarios para ejercer sus funciones de forma eficaz y sin condicionamientos externos.

En definitiva, el diseño y funcionamiento de los organismos de control constituye un componente esencial del sistema en un Estado constitucional de Derecho.

La independencia e imparcialidad de su actuación es una condición necesaria - aunque no suficiente - para garantizar el cumplimiento de los fines del artículo 42 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, al interrogante planteado, de que si es realmente necesario que los organismos de control de los servicios públicos sean independientes, la respuesta claramente es afirmativa, toda vez que privar a los usuarios y consumidores de un órgano de control imparcial e independiente implica vaciar de contenido los mandatos constitucionales en materia de control y protección de sus derechos.

4.2 Análisis del Fallo 'Estrada'.

Previo a realizar un análisis del fallo 'Estrada' ³⁰ y de su vinculación directa con la temática objeto de estudio en la presente tesis, comenzaremos con efectuar una breve rememoración de los hechos que dieron origen al caso, a fin de comprender adecuadamente su relevancia en la interpretación constitucional y en la delimitación de competencias de los organismos creados por los marcos regulatorios.

En oposición a la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que había declarado la nulidad de la resolución 229/95 del Ente Nacional Regulador de la Energía (ENRE) - confirmada posteriormente por la resolución 71/96 de la entonces Secretaría de Energía y Puertos del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos -, tanto la Secretaría como el propio ENRE interpusieron recursos extraordinarios. La Cámara había ordenado, además, que el organismo sustancie el reclamo formulado por la empresa Ángel Estrada S.A. contra una distribuidora de energía eléctrica bajo competencia del ente, disponiendo que se repararan los daños y perjuicios derivados de un prolongado corte en el suministro.

³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/04/2005, "Ángel Estrada y Cía SA c/ res. 71/96 Secretaría de Energía y Puertos".

La cuestión se originó en la resolución administrativa por la cual el ENRE había rechazado la pretensión indemnizatoria planteada contra la empresa concesionaria Edesur S.A., reclamo que se fundaba en la interrupción del servicio y en la deficiente calidad del suministro eléctrico, que impedía el funcionamiento normal de diversas maquinarias. Frente a ello, la Cámara dejó sin efecto la decisión administrativa y ordenó la devolución de las actuaciones al organismo, imponiéndole la obligación de fijar la cuantía de la reparación en función de los daños alegados, tales como los costos de alquiler de equipos electrógenos y el pago de salarios al personal afectado.

Lo interesante del pronunciamiento de alzada radica en la posición del juez Buján, integrante de la mayoría, quien planteó la necesidad de determinar si el ENRE tenía competencia para resolver sobre reclamos indemnizatorios o si sus atribuciones se limitaban únicamente a la aplicación de sanciones en el marco de la concesión. En su razonamiento, el magistrado citó expresamente el artículo 42 de la Constitución Nacional, destacando que dicho precepto consagra el derecho de los usuarios y consumidores a la protección de sus intereses económicos, así como a procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos. Sobre esa base, entendió que debía reconocerse al ente facultades que trascendieran el mero control, atribuyéndole, en los hechos, competencias cuasi jurisdiccionales y normativas. La Cámara, por mayoría, concluyó que el ENRE era competente para entender en el conflicto, apoyándose en el artículo 72 de la Ley 24.065.

Sin embargo, esta interpretación fue revertida posteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual sostuvo que el organismo carecía de competencia para resolver reclamos indemnizatorios, por tratarse de una cuestión propia del derecho común cuya resolución correspondía a la justicia ordinaria, en virtud de lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Nacional.

Lo relevante del fallo en la temática desarrollada en este trabajo, y que aquí interesa particularmente, es la terminología empleada por el Máximo Tribunal, al referirse al ENRE y a los demás entes de esta naturaleza como 'organismos de control' y no como 'entes reguladores', contrariamente a lo que se refieren los marcos regulatorios sectoriales y las leyes de creación.

Esta distinción – sostenemos - no es meramente terminológica, sino que marca un deslinde sustancial en la comprensión de la verdadera naturaleza jurídica de estos organismos.

Es decir, que la Corte utilizó la misma terminología empleada en nuestra Constitución.

En efecto, la Constitución Nacional, en su artículo 42, no dispone la creación de 'entes reguladores' con competencias multifuncionales, sino que prevé la existencia de 'organismos de control' cuya atribución exclusiva es supervisar la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos en resguardo de los usuarios y consumidores.

Esto último, ya lo hemos desarrollado en los capítulos anteriores, pero vale la pena reiterar.

Ello significa que su competencia se circunscribe fundamentalmente al ámbito del control, sin habilitación alguna para ejercer potestades de regulación, ni otras como jurisdiccional, que radica en lo sustancial de dicho fallo, y que no analizaremos en este trabajo por exceder del mismo.

Insistimos nuevamente, los marcos regulatorios que fueron creando los respectivos entes reguladores, tanto en el ámbito federal, como en los ámbitos locales, al conferir a estos entes facultades más amplias, tales como dictar reglamentos, fijar derechos de los usuarios o dictar normas técnicas sobre la prestación del servicio, terminaron desvirtuando el diseño constitucional.

La Corte, al emplear la expresión 'organismos de control', puso en evidencia esta tensión entre lo que efectivamente establece la Constitución y lo que surge de las leyes respectivas.

Autores como Comadira (1996, págs. 238-239) han advertido sobre los riesgos de una interpretación extensiva de las competencias de estos organismos, señalando que no todo lo necesario resulta legítimo, y que la especialidad debe ser comprendida con prudencia.

En el mismo sentido, el fallo 'Estrada' reafirma que, pese a la amplitud normativa, la Constitución fue clara en delimitar la función central de estos organismos, que es controlar, y no regular el servicio.

Por lo tanto, puede afirmarse que la Corte Suprema, lejos de incurrir en un error de terminología como algunos autores que critican esta idea expresan, consideramos que, por el contrario, realizó un aporte trascendental al esclarecer que, en la jerarquía normativa superior, los llamados 'entes reguladores' no son otra cosa que 'organismos de control', cuya competencia específica y exclusiva radica en el control de la prestación de los servicios públicos.

Pretender lo contrario a esto y dotarlos de facultades regulatorias no solo vulnera el artículo 42 de la Constitución, sino que además genera un conflicto con el principio de división de poderes, y conduce a la crisis institucional y funcional que aún hoy afecta a la mayoría de estos organismos, como lo demuestra el caso del ente nacional del gas y la electricidad (ENARGAS y ENRE), hoy unificado mediante la Ley de Bases³¹, que permanece intervenido, como ya hemos reiterado en varias oportunidades.

En efecto, el artículo 42 de la Constitución Nacional no reconoce ni legitima la creación de entes reguladores con competencias múltiples, sino que consagra organismos de control, dotados de la competencia clara, específica y exclusiva de control, a los efectos de garantizar la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, en resguardo de los derechos de los usuarios y consumidores. No así de regulación. Y esto fue claramente identificado por el Máximo Tribunal en este conocido fallo.

4.3 Derecho comparado: La independencia de las agencias reguladoras en Estados Unidos y el Reino Unido.

En línea con lo que venimos desarrollando, resulta oportuno ahora abordar en este apartado el análisis comparativo de los modelos regulatorios adoptados en otros países con larga tradición institucional, como los Estados Unidos y el Reino Unido. La observación crítica de las experiencias en estos países permite contrastar los niveles de independencia funcional, técnica y presupuestaria de los organismos de control, aportando elementos valiosos para rediseñar nuevo modelo regulatorio propuesto para la Argentina.

El sistema regulatorio estadounidense se encuentra profundamente condicionado por su estructura federal. En dicho país, la competencia en materia regulatoria se distribuye en tres niveles: jurisdicción federal exclusiva, jurisdicción estatal exclusiva y una esfera de competencia concurrente, en la cual las normas federales prevalecen.

³¹ La unificación del ENRE (ente nacional regulador de la electricidad) y el ENARGAS (ente nacional regulador del gas) fue dispuesta por el Decreto 452/2025 del Gobierno Nacional, creando el Ente Nacional Regulador del Gas y la Electricidad (ENRGyE).

Esta arquitectura favorece una descentralización efectiva del poder regulador, permitiendo que cada nivel de gobierno tenga capacidad real de intervención según la materia.

En el ámbito federal, la regulación está a cargo de las denominadas *Independent Regulatory Commissions*, órganos colegiados que operan con un alto grado de autonomía institucional. Estos organismos supervisan principalmente las actividades interestatales y los mercados mayoristas, mientras que a nivel estatal, las *Public Utilities Commissions* regulan los servicios locales, orientadas hacia la protección de los usuarios y la promoción de la competencia en sus respectivas jurisdicciones.

La independencia de las comisiones federales se expresa en su estructura y funcionamiento: sus integrantes son nombrados por el presidente y confirmados por el senado, gozan de mandatos escalonados y estabilidad durante su ejercicio, y no pueden ser removidos arbitrariamente.

Además, estas agencias combinan funciones ejecutivas, legislativas y cuasi jurisdiccionales, lo que les permite regular precios, autorizar operaciones y resolver controversias administrativas bajo el control judicial.

Sin embargo, esta independencia no es absoluta. El control presupuestario ejercido por el Congreso y la participación obligatoria del Fiscal General en instancias judiciales suponen ciertos límites que condicionan su autonomía operativa. A nivel estadual, las *Public Utilities Commissions* funcionan bajo normas locales y con financiamiento proveniente mayormente de tasas cobradas a las empresas reguladas. La selección de sus autoridades responde a procedimientos institucionalizados que buscan evitar interferencias políticas y conflictos de interés.

Por su parte, en el Reino Unido, el modelo regulatorio se desarrolló principalmente como respuesta a los procesos de privatización implementados durante la década de 1980.

A diferencia del esquema estadounidense, la regulación británica no se sustenta en un principio de independencia estructural, sino en una lógica administrativa centralizada, con fuerte dependencia del Poder Ejecutivo. Agencias como OFTEL (telecomunicaciones), OFGAS (gas), OFFER (electricidad) y OFWAT (agua potable) fueron creadas con el objetivo de supervisar los sectores privatizados, actuando como mecanismos de control frente a monopolios naturales. Estas oficinas regulatorias operan como departamentos administrativos y, si bien gozan de cierta

autonomía técnica, sus presupuestos y decisiones estratégicas se encuentran condicionados por la intervención del Tesoro y de los ministerios sectoriales correspondientes. Sus directores generales son nombrados directamente por ministros y, aunque cuentan con mayor margen de maniobra que los funcionarios comunes, no disponen de garantías institucionales comparables a las de sus pares estadounidenses. Además, sus decisiones pueden ser revisadas por organismos superiores como la *Office of Fair Trading* (OFT) o la *Monopolies and Mergers Commission* (MMC), hoy subsumidas en la *Competition and Markets Authority* (CMA), lo que pone de manifiesto la existencia de un sistema jerárquico más rígido.

Este modelo se basa en un enfoque de cumplimiento negociado, en el cual la intervención del Estado se focaliza más en la supervisión que en la regulación estricta mediante normas. En consecuencia, la capacidad de las agencias británicas para garantizar una fiscalización independiente se encuentra limitada, sobre todo frente a intereses económicos consolidados.

Del análisis de ambos modelos se desprenden diferencias sustanciales.

El sistema estadounidense promueve una mayor autonomía formal y funcional de las agencias reguladoras, las cuales actúan con independencia del poder concedente y cuentan con herramientas institucionales que fortalecen su capacidad de control.

En contraposición, el modelo británico tiende hacia una regulación más dependiente del Ejecutivo, donde las agencias carecen de garantías estructurales plenas y operan con márgenes de discrecionalidad limitados por la centralización administrativa.

No obstante, ambos sistemas regulatorios comparten una característica esencial: reconocen la necesidad de contar con órganos técnicos especializados que garanticen una supervisión efectiva, ajena a las presiones coyunturales y centrada en la protección del interés público. Este principio, como se analizó en el capítulo anterior, es también inherente a la lógica del artículo 42 de la Constitución Nacional de la Argentina.

En este sentido, el diseño institucional argentino refleja una combinación de elementos de ambos modelos. Esta postura es adoptada por López y Felder (1996, pág.19), quienes indican “El esquema regulador de servicios públicos de gestión privada adoptado por nuestro país tomó como referencias centrales las experiencias estadounidenses y británicas en esta materia”.

La creación de entes como el ENRE o el ENARGAS, hoy unificados en un solo ente regulador por la Ley de Bases, como ya hemos expresado, muestra una voluntad de establecer agencias técnicas con autonomía formal, similar a las *independent agencies* estadounidenses. Sin embargo, su funcionamiento en la práctica muchas veces revela una dependencia político-presupuestaria más cercana al esquema británico, lo que limita su efectividad. Además, la participación ciudadana mediante audiencias públicas y mecanismos de control social reproduce fórmulas compartidas por ambas tradiciones regulatorias, pero en Argentina no se ha logrado aún afianzar esto último.

Esta comparación con otros sistemas internacionales no solo permite identificar fortalezas y debilidades del modelo argentino, sino también reafirmar que la independencia funcional de los entes reguladores no es un lujo institucional, sino una condición necesaria para el cumplimiento efectivo del mandato constitucional de control. La garantía de imparcialidad y autonomía, tanto frente al poder político como frente a los sujetos regulados, resulta clave para asegurar un sistema de regulación transparente, eficiente y orientado a la protección de los derechos de usuarios y consumidores.

4.4 Las facultades regulatorias como obstáculo para alcanzar la independencia funcional de los organismos de control.

La deseada independencia de los organismos de control, por lo visto, necesaria y que representa una garantía de imparcialidad en la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores de los servicios públicos, encuentra un importante obstáculo en la práctica institucional argentina debido a la superposición en un mismo órgano de las funciones regulatorias y de control.

Esta postura la anticipamos en el inicio de este trabajo y en este apartado procederemos a profundizarla.

La multifunción otorgada a los actuales entes reguladores por los marcos regulatorios que los crearon, ocasionó tensiones que debilitaron su autonomía funcional, socavando los principios de imparcialidad, neutralidad y eficacia que deben regir su actuación. Es por esto que hoy, la mayoría de los entes reguladores en toda la Argentina, se encuentra atravesando una fuerte crisis institucional.

En este sentido, Gordillo (2009, cap. XV-3), cuando desarrolla los fundamentos del principio de que quien concede no debe controlar, introduce una reflexión clave sobre la evolución del sistema de división de poderes en la Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994.

Este autor, como ya desarrollamos en el capítulo segundo, establece una analogía con la clásica teoría de separación de funciones entre los poderes del Estado, y propone su actualización a la esfera del control de los servicios públicos, expresando lo siguiente: “Así como el sistema previo a la Constitución de 1994 era que el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que la juzga no la dicta ni ejecuta; ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle. Es pues el mismo principio, actualizado, de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona” (Gordillo, 2009, cap. III).

Este razonamiento se articula estrechamente con el análisis desarrollado en el apartado anterior, donde se sostuvo que la independencia de los organismos de control debe garantizarse frente al poder concedente.

En efecto, si el mismo poder que otorga la concesión mantiene la capacidad de ejercer funciones de supervisión, rompe la imparcialidad objetiva que debe presidir toda intervención estatal sobre servicios públicos que afectan derechos esenciales de los ciudadanos.

Este razonamiento, conlleva la necesidad de distinguir claramente quien ejerce las funciones regulatorias y las facultades de control.

Las primeras – como ya hemos expresado - que implican el dictado de normas generales y abstractas que establecen el marco dentro del cual deben prestarse los servicios públicos, debe estar reservado al Poder Legislativo, o en su caso al Poder Ejecutivo sobre ciertas cuestiones delegadas o de su competencia. Mientras que las segundas, en cambio, que se refieren a la fiscalización concreta del cumplimiento de esas reglas por parte de los prestadores de los servicios, debe estar reservado a organismos técnicos e independientes, creados específicamente con ese propósito.

Esta distinción está recogida en el artículo 42 de la Constitución Nacional, el cual establece que “las autoridades proveerán a la protección de esos derechos [de los

consumidores y usuarios] [...] a través de la legislación y de los organismos de control”.

La mención explícita a los “marcos regulatorios” como resultado de la “legislación” permite sostener que la regulación debe emanar del Congreso Nacional o, en su caso, de la legislatura local correspondiente, y no de los entes de control en forma unilateral.

Por lo tanto, los ‘organismos de control’ no deben confundirse con los ‘entes reguladores’ en sentido estricto.

La función de los primeros no debe ser emitir normativas, sino velar por el cumplimiento de las ya dictadas por la autoridad competente.

Esta diferenciación resulta fundamental para evitar la concentración de poder en manos de un solo órgano y para preservar el equilibrio institucional requerido por un Estado democrático de derecho.

En la práctica, sin embargo, como ya hemos desarrollado en el capítulo segundo, la mayoría de los organismos de control de los servicios públicos en la Argentina han sido diseñados con el doble rol de regulador y controlador por parte de los marcos regulatorios que les dieron origen.

Lo cierto es que esta ambigüedad funcional debilita su independencia, ya que los expone a presiones del Poder Ejecutivo (que debe necesariamente revisar sus actos regulatorios), del Poder Político (que puede alterar el marco normativo según conveniencia), de los propios sujetos regulados (que pueden influir en la interpretación y aplicación de las reglas) y de ellos mismos (que pueden verse tentados a dictar normas que robustecen su control por demás con fines sancionatorios excesivos, muchas veces por conveniencias políticas electorales). De ahí que cobra sentido la teoría de este trabajo consistente en separar las funciones de regulación de las funciones de control y que sean ejercidos por organismos diferentes.

Respecto a esto último, permitir que un ente de control defina las reglas del juego y, al mismo tiempo, vigile su cumplimiento, lesiona el principio de imparcialidad y genera una falta de legitimidad democrática en el proceso regulatorio.

Como ya hemos desarrollado, en principio, es el Poder Legislativo, como órgano representativo por excelencia, el autorizado para definir los intereses públicos que deben ser protegidos mediante la legislación.

En cambio, los organismos de control deben limitarse a hacer cumplir tales definiciones, actuando como instrumentos técnicos especializados, sin invadir funciones normativas. En todo caso, tendrían competencia para el dictado de meras reglas técnicas, que no son regulación ni reglamentación, mediante acto administrativo, con la finalidad de hacer operativas las funciones de control, como puede ser por ejemplo, el diseño de los archivos y periodicidad de los planes de obra o inversión que deben enviar los prestadores del servicio público; o la documentación que debe ser enviada por los interesados a los efectos de aprobar una servidumbre de ducto (acueducto, gasoducto, electroducto); o si se ratifican las distancias de seguridad establecidas en normativas nacionales o internacionales, entre otras.

En definitiva, la consolidación de una verdadera independencia funcional de los organismos de control exige una clara separación entre la función regulatoria y la función de control, de conformidad con el espíritu del artículo 42 de la Constitución Nacional y los principios fundamentales del Estado constitucional. Solo en la medida en que se respete esta división podrá garantizarse que dichos organismos alcancen su deseada independencia funcional, actuando con la objetividad, profesionalismo y eficacia necesarios para proteger los derechos de los usuarios y consumidores frente a los abusos del poder concedente o de los prestadores de servicios.

4.5 Análisis del control de legalidad en los entes reguladores de servicios públicos en la provincia de Mendoza.

Como ya hemos expresado en varias oportunidades, los organismos encargados del control de los servicios públicos en la Argentina, y particularmente en la provincia de Mendoza, se encuentran estructurados como entidades autárquicas que, si bien gozan de autonomía administrativa y funcional, se insertan dentro de la órbita del Poder Ejecutivo.

Esta inserción implica que sus actos se encuentran, en principio, sometidos al control de legitimidad que ejerce dicho poder a través de los mecanismos recursivos administrativos previstos en la ley vigente. Sin embargo, esta premisa general tiene importantes matices cuando se analiza en el contexto de la descentralización administrativa.

Cuando se trata de organismos descentralizados dependientes del Poder Ejecutivo, se establece como regla que la revisión de sus decisiones puede efectuarse mediante el recurso de alzada, el cual constituye la última instancia administrativa antes de acudir al fuero judicial.

En este sentido, la Constitución de la provincia de Mendoza establece en su artículo 128, inciso 20 ³², la facultad del Poder Ejecutivo para ejercer el control de legitimidad sobre los actos administrativos de sus inferiores, otorgando así fundamento a la vía recursiva mencionada. No obstante, en el caso de los entes reguladores de servicios públicos, esta lógica presenta excepciones relevantes, especialmente a la luz de los principios de independencia funcional que deben regir su actuación.

En el marco del servicio de agua potable y saneamiento en la provincia de Mendoza, la ley n° 6044, en su artículo 10, se establece que las decisiones adoptadas por el Ente Provincial de Agua y Saneamiento (EPAS) - hoy disuelto por la ley provincial n° 9589 ³³ - agotan la vía administrativa, excluyendo expresamente la posibilidad de interponer el recurso de alzada. En consecuencia, los actos definitivos del ente solo pueden ser impugnados ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, configurando así una vía directa hacia el control judicial sin intervención previa del Poder Ejecutivo.

Esta exclusión del mecanismo recursivo administrativo tradicional ha sido objeto de múltiples debates tanto en la doctrina como en la jurisprudencia local.

Por el contrario, en lo que respecta al régimen regulatorio del servicio eléctrico, la ley n° 6479, en su artículo 73, contempla expresamente la posibilidad de recurrir en alzada las resoluciones del Ente Provincial Regulador Eléctrico (EPRE), manteniendo así la vía administrativa de revisión por parte del Ejecutivo antes de acudir a la instancia judicial.

Este contraste legislativo pone de manifiesto una cuestión de singular relevancia jurídica: la compatibilidad constitucional de excluir la vía recursiva administrativa (recurso de alzada) en el marco del control de entes autárquicos.

³² Constitución de la Provincia de Mendoza. Capítulo III. Atribuciones del Poder Ejecutivo. Artículo 128: “El gobernador es el jefe del Poder Ejecutivo y tiene las siguientes atribuciones y deberes: 20 – Conoce y resuelve en los asuntos contencioso administrativos con arreglo a la ley.”

³³ La Ley N° 9589 de Mendoza regula la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, y la protección de la calidad del agua, estableciendo al Departamento General de Irrigación como el nuevo ente regulador y derogando la Ley 6044 y disolviendo al EPAS.

La jurisprudencia de la provincia de Mendoza ha abordado este asunto en distintas oportunidades, sosteniendo la constitucionalidad de esta exclusión.

En particular, se ha señalado que la exigencia de someter las decisiones de los entes autárquicos al recurso de alzada implicaría, en los hechos, una forma de subordinación al Poder Ejecutivo que comprometería su independencia política, administrativa y funcional.

Uno de los precedentes más significativos en este sentido es el caso “Obras Sanitarias Mendoza c/ Provincia de Mendoza”³⁴, resuelto por la Sala II del Tribunal, en el que se reafirma que someter a los entes reguladores al control recursivo del Poder Ejecutivo desnaturaría el modelo de autonomía previsto para estos organismos. En dicho fallo, se valoró que el objetivo de conferir autarquía a estos entes es precisamente garantizar su independencia frente a influencias políticas coyunturales, lo que requiere limitar la posibilidad de revisión jerárquica por parte de autoridades superiores en el ámbito del Ejecutivo.

Este criterio fue posteriormente confirmado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza reunida en pleno, en el conocido caso “EDEMESA”³⁵, en el que se reiteró la validez constitucional del modelo que excluye el control de tutela del Ejecutivo sobre ciertos entes reguladores.

La Corte sostuvo que el hecho de que la Constitución provincial otorgue al Poder Ejecutivo la administración general de la provincia (art. 128, inc. 1) no implica una potestad de supervisión omnipresente sobre todos los órganos administrativos, especialmente aquellos que, por su naturaleza técnica y función reguladora, requieren una independencia estructural frente a los vaivenes políticos. Por tanto, el control de legalidad sobre los actos administrativos de estos entes puede y debe ser ejercido directamente por el Poder Judicial, en resguardo del principio de división de poderes y de la garantía de imparcialidad en la toma de decisiones técnicas y reguladoras.

Desde el punto de vista doctrinario, numerosos autores han abordado este tema, destacándose entre ellos Bustelo (2018, pág. 114), quien sostiene que la exclusión del recurso de alzada en el ámbito de los entes reguladores de servicios públicos no solo es válida, sino que resulta constitucionalmente exigible a la luz del artículo 42 de la Constitución Nacional, el cual consagra derechos de los usuarios y consumidores a

³⁴ https://www.juri.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/69351_Obras.php

³⁵ <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=11242213667>

una información adecuada, a condiciones de trato equitativo y digno, y a servicios públicos de calidad y eficiencia.

Según Bustelo, para que un marco regulatorio supere el test de constitucionalidad, debe prever expresamente:

a) Que los actos definitivos de los entes reguladores agotan la vía administrativa, sin posibilidad de revisión por parte del Poder Ejecutivo;

b) Que la intervención del Ejecutivo en actos sancionatorios o reglamentarios emanados de los entes es inconveniente, dado que introduce criterios políticos ajenos a las consideraciones técnicas propias de estos organismos;

c) Que el Ejecutivo, al estar sujeto a consideraciones de popularidad y legitimidad política, puede verse tentado a intervenir en decisiones impopulares tomadas por los entes, socavando su autoridad técnica y jurídica;

d) Que existe una diferencia sustancial entre el control de legalidad ejercido por el Poder Judicial, que es imparcial y técnico, y el control político del Ejecutivo, más permeable a intereses circunstanciales;

e) Que no corresponde admitir la posibilidad de que usuarios o prestadores opten por interponer el recurso de alzada, pues ello vaciaría de contenido la autonomía del ente regulador;

f) Que los entes reguladores, al estar compuestos por profesionales especializados en las complejidades técnicas del servicio público que controlan, están en mejores condiciones de dictar decisiones adecuadas, sin necesidad de validación política;

g) Que permitir al Ejecutivo revocar o modificar actos de estos entes pone en serio riesgo el cumplimiento de los fines institucionales para los cuales fueron creados, afectando su capacidad para actuar con independencia y eficiencia.

De este modo, podemos indicar de lo expuesto que tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada en el ámbito de local de la provincia de Mendoza coinciden en destacar la necesidad de preservar la autonomía de los entes reguladores frente al Poder Ejecutivo, particularmente en aquellos casos donde su actuación se orienta a garantizar la calidad, equidad y continuidad de servicios públicos esenciales. La exclusión del recurso de alzada en los marcos regulatorios de servicios como el agua potable y el saneamiento se enmarca dentro de esta lógica institucional, y lejos de constituir una irregularidad o una omisión, representa una herramienta jurídica destinada a proteger la finalidad para la cual dichos entes han sido

concebidos: actuar con independencia técnica, política y funcional en defensa del interés público y de los derechos de los usuarios.

Esta ha sido la postura adoptada en Mendoza mediante la nueva ley de procedimiento administrativo n° 9003, específicamente en su artículo 184.

Desde la concepción teórica y jurídica desarrollada a lo largo de este trabajo, se puede afirmar que la exclusión del recurso de alzada como mecanismo obligatorio para agotar la vía administrativa, cuando se trata de actos emanados de los organismos de control de los servicios públicos conforme al artículo 42 de la Constitución Nacional, encuentra justificación razonable solo en la medida en que se diferencien claramente las funciones de control y regulación, y se le otorguen a estos únicamente las atribuciones de control.

Esta distinción conceptual y funcional es esencial para comprender los fundamentos del diseño institucional en el ámbito del servicio público. Al respecto, entendemos que los organismos de control deben ser dotados exclusivamente de funciones de fiscalización, supervisión y sanción (control) del cumplimiento de los marcos normativos y contractuales que rigen la prestación de los servicios públicos. Estas funciones deben ejercerse con independencia funcional respecto del Poder Ejecutivo, precisamente para garantizar su objetividad, imparcialidad y autonomía técnica.

Si los organismos de control ejercen funciones regulatorias, necesariamente esos actos regulatorios deben ser revisados por el Poder Ejecutivo, quien ejerce control de legitimidad sobre los mismos, pues es el poder delegado de dicha atribución a través de la Constitución. Sin embargo, si abstraemos dichas funciones regulatorias a los organismos de control y lo dotamos únicamente de las funciones que constitucionalmente le corresponden, el Poder Ejecutivo pierde injerencia sobre el mismo, pudiendo sus actos de control solo ser revisados en sede judicial, sin la previa intervención ejecutiva. Esto último ha sido la finalidad deseada por la ley, la doctrina y jurisprudencia mencionada.

En este sentido, resulta coherente que los actos emitidos en el ejercicio de dichas funciones de control no estén sujetos al control de legitimidad por parte del Poder Ejecutivo a través del recurso de alzada, ya que ello podría comprometer en cierta medida la independencia de estos órganos.

En tales casos – reiteramos - consideramos que el debido control judicial posterior es suficiente y adecuado para resguardar los derechos de los administrados y garantizar la legalidad de los actos administrativos.

Sin embargo, esta lógica – insistimos - no resulta aplicable a los actos de regulación, los cuales, a diferencia de los de control, implican el establecimiento de reglas generales o decisiones de alcance particular que inciden en la organización, funcionamiento o condiciones económicas de los servicios públicos.

Estas facultades regulatorias, que pueden ser ejercidas por organismos especializados o no, ya sea en el ámbito de la administración central o por entes descentralizados, derivan de competencias delegadas expresamente por el Poder Ejecutivo o conferidas por las leyes que crean dichos entes. Lo esencial en ellos, es que no sean atribuidas a los organismos de control de los servicios públicos del art. 42 de la Constitución Nacional.

Dada la naturaleza delegada de las funciones de regulación, sostenemos que los actos dictados en su ejercicio necesariamente deben estar sujetos al control de legitimidad por parte del Poder Ejecutivo, a través del mecanismo del recurso de alzada o semejantes previstas por el ordenamiento jurídico.

Este control del Ejecutivo resulta indispensable para asegurar la coherencia del accionar administrativo con las políticas públicas definidas a nivel central y para mantener la unidad del orden jurídico-administrativo. En este caso, el control judicial posterior, aunque necesario, no resulta suficiente por sí solo para garantizar dicha coherencia ni para prevenir desviaciones de poder o abusos regulatorios.

Como conclusión de este apartado podemos afirmar que la exclusión del recurso de alzada respecto de los actos de control se justifica en la medida de preservar la independencia funcional de los organismos de control del art. 42 de la Constitución Nacional, siempre que exista un adecuado control judicial posterior. Que no ocurre lo mismo con los actos de regulación, que deben permanecer bajo la órbita del control del Poder Ejecutivo, dada su implicancia política, jurídica y administrativa, y el carácter delegado de las competencias que le dan origen. Y para ello, es esencial que las funciones de control y de regulación sean claramente diferenciadas y atribuidas a entes u organismos diferentes. No deben atribuirse facultades de regulación en los organismos de control de los servicios públicos del art. 42 de la Constitución Nacional.

METODOLOGÍA

La presente investigación se llevó a cabo adoptando una metodología de carácter cualitativo y fundamentalmente jurídico-dogmática, orientada al análisis profundo del marco normativo, jurisprudencial y doctrinario vinculado con los entes reguladores de los servicios públicos en la Argentina.

El estudio no se limita a la mera descripción de las disposiciones legales, sino que avanza en una interpretación sistemática y crítica de las normas, procurando esclarecer el verdadero alcance de la función que corresponde a estos organismos según el mandato constitucional contenido en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

La elección de este enfoque responde a la naturaleza misma del problema planteado, que no puede resolverse mediante técnicas cuantitativas ni a través de la recolección de datos empíricos, sino mediante la elaboración conceptual y el examen interpretativo de fuentes jurídicas.

En este sentido, se empleó un diseño de investigación de tipo descriptivo-explicativo. Descriptivo, en cuanto se reseñaron los antecedentes históricos y las principales características normativas y doctrinarias de los entes reguladores y organismos de control en el derecho comparado y en el derecho argentino; y explicativo, en tanto se buscó identificar las causas de la crisis funcional de dichos organismos, señalando cómo la confusión entre regulación y control ha derivado en una pérdida de independencia y en un debilitamiento institucional.

El objetivo consistió, por lo tanto, en ir más allá de la mera recopilación de datos normativos, proponiendo un marco conceptual que permita comprender los problemas actuales y formular lineamientos de rediseño institucional.

El método central aplicado fue el análisis dogmático, consistente en el estudio de la normativa constitucional y legal en vigencia, con particular atención al artículo 42 de la Constitución Nacional, a los marcos regulatorios específicos de los servicios públicos y a la legislación complementaria. Este análisis se combinó con el método hermenéutico, en tanto resultó necesario interpretar los textos legales a la luz de su contexto histórico, de la voluntad del constituyente y de los principios generales del derecho administrativo. La hermenéutica constitucional fue especialmente relevante, puesto que el trabajo parte de la premisa de que la distinción entre regulación y

control surge explícitamente del diseño institucional previsto por la reforma de 1994 e implícitamente la necesidad de la independencia funcional de los mismos.

Asimismo, se recurrió al método histórico, revisando la evolución de los entes reguladores tanto en el derecho comparado como en la experiencia argentina desde el siglo XIX hasta la actualidad. Esta aproximación permitió advertir cómo los modelos regulatorios han respondido a contextos políticos, sociales y económicos determinados, y cómo esos contextos han condicionado la configuración de los organismos de control. De igual modo, se utilizó el método comparativo, contrastando la situación argentina con la de otros ordenamientos jurídicos, principalmente Estados Unidos y el Reino Unido, donde las agencias regulatorias han seguido trayectorias distintas. La comparación fue útil para señalar semejanzas y diferencias, y para poner en evidencia que la experiencia argentina no puede trasplantar mecánicamente modelos externos, sino que debe adecuarse a su propia tradición constitucional.

El estudio se nutrió de múltiples fuentes documentales. En primer lugar, las fuentes normativas, que constituyen la base del análisis jurídico: la Constitución Nacional, la Constitución de la provincia de Mendoza, las leyes que crean y regulan a los entes de control y regulación, los decretos y demás normas reglamentarias. En segundo término, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de tribunales inferiores, así como también pronunciamientos de organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han establecido criterios relevantes en materia de delegación legislativa, regulación y tutela de los derechos de los usuarios. Finalmente, se consultó la doctrina especializada en derecho administrativo, tanto nacional como extranjera, recurriendo a autores de referencia para fundamentar las distintas posturas y enriquecer el análisis crítico.

En cuanto a la técnica de recolección de información, se empleó el análisis documental sistemático. Esto implicó la revisión exhaustiva de bibliografía académica, artículos de doctrina, informes institucionales y publicaciones oficiales. Cada fuente fue seleccionada en función de su relevancia para el problema de investigación y cotejada con otras para garantizar una comprensión completa y equilibrada. El análisis se realizó siguiendo criterios de rigor científico, procurando identificar no solo las coincidencias doctrinarias, sino también las divergencias y los puntos de debate aún abiertos en la materia.

Una característica esencial de esta investigación radica en su orientación crítica. Más allá de exponer los antecedentes, se buscó realizar un examen valorativo de los marcos regulatorios y de las posturas doctrinarias predominantes, señalando sus inconsistencias y contradicciones con el espíritu constitucional. El enfoque metodológico adoptado permitió, en este sentido, poner de relieve que gran parte de los problemas de los entes reguladores no se deben a la falta de normas, sino a la incorrecta definición de su naturaleza jurídica y a la atribución simultánea de facultades regulatorias y de control.

El alcance de la investigación se encuentra limitado a los entes reguladores y organismos de control de los servicios públicos en la Argentina, con referencia a experiencias internacionales únicamente a modo ilustrativo o comparativo. No se analizan en profundidad otros organismos autónomos del Estado que no están vinculados con los servicios públicos, aunque en algunos casos se los menciona de manera tangencial cuando su estudio resulta útil para clarificar conceptos. Tampoco se trabajó con datos empíricos sobre la gestión cotidiana de los entes, dado que el objetivo no fue realizar un estudio de campo, sino un análisis teórico y normativo.

En conclusión, la metodología adoptada se justifica plenamente en función de la naturaleza del objeto de estudio. Al tratarse de un problema jurídico-constitucional que involucra la interpretación del artículo 42 de la Constitución y la definición del rol de los organismos de control, resultaba imprescindible un abordaje dogmático, hermenéutico e histórico-comparativo, que permitiera no solo describir el estado actual de la cuestión, sino también proponer una reinterpretación coherente con el diseño institucional de la Constitución Nacional. De este modo, la investigación se inscribe dentro de la tradición académica del derecho administrativo, pero con una proyección crítica y propositiva que busca contribuir al debate sobre la reforma de los marcos regulatorios y al fortalecimiento de la independencia funcional de los organismos de control de los servicios públicos.

CONCLUSIONES

El análisis desarrollado a lo largo de este trabajo permite arribar a una serie de conclusiones que resultan fundamentales para comprender la función que deben cumplir los "entes reguladores" de los servicios públicos que hoy conocemos y, en particular, la relación entre regulación y control en el marco del ordenamiento jurídico argentino.

Desde el inicio se planteó como hipótesis la necesidad de diferenciar con precisión ambos conceptos y delimitar las competencias de los organismos creados para ejercerlos. El recorrido histórico, doctrinario y jurisprudencial permitió constatar que la falta de claridad conceptual y normativa en esta materia ha generado importantes consecuencias institucionales, debilitando el rol de los organismos de control del art. 42 de la Constitución Nacional y comprometiendo la eficacia de la intervención estatal.

La primera conclusión para destacar es que el artículo 42 de la Constitución Nacional no creó 'entes reguladores', sino 'organismos de control'. El constituyente de 1994 tuvo como propósito principal fortalecer la protección de los derechos de los usuarios y consumidores frente a la creciente complejidad de los servicios públicos y la necesidad de resguardar a los ciudadanos de los riesgos derivados de prácticas abusivas o de la deficiente prestación de servicios esenciales. La creación de organismos de control autónomos aparece así como una garantía institucional destinada a preservar la transparencia, la equidad y la eficiencia en la gestión de los servicios públicos.

Sin embargo, la experiencia práctica en la Argentina muestra que este mandato constitucional fue interpretado de manera imprecisa. Los marcos regulatorios de los años noventa concibieron a los organismos de control como entes reguladores, atribuyéndoles tanto funciones de fiscalización como de regulación. Esta confusión conceptual condujo a un diseño institucional híbrido que debilitó la independencia funcional de los organismos, los expuso a la injerencia del Poder Ejecutivo y redujo su eficacia como garantes de los derechos de los usuarios.

El análisis de casos paradigmáticos, como los del ENARGAS y el ENRE, evidencia la persistencia de esta problemática. Intervenciones prolongadas, falta de estabilidad en sus autoridades, escasez de recursos técnicos y económicos y un marcado sometimiento a los vaivenes de la política sectorial son manifestaciones

concretas de un modelo que ha desvirtuado el espíritu constitucional. La reciente creación del ENRGyE, lejos de resolver estas deficiencias, refuerza la concentración de funciones en un solo organismo, ampliando el riesgo de dependencia política y de pérdida de imparcialidad.

De allí se desprende la segunda gran conclusión de este trabajo, consistente en que las funciones de regulación y de control deben estar separadas.

Mientras la regulación constituye una función de gobierno, vinculada al diseño y ejecución de políticas públicas, el control se identifica con la tarea de fiscalizar el cumplimiento de las normas y garantizar la legalidad de los actos administrativos. Su coexistencia en un mismo organismo no solo es inconveniente, sino que resulta incompatible con el mandato constitucional.

La independencia que exige el artículo 42 solo puede alcanzarse si los organismos de control se dedican exclusivamente a esta función, quedando la regulación en manos del Poder Ejecutivo y de los entes administrativos específicamente creados para ello.

Esta conclusión no tiene un valor meramente teórico. La separación de funciones generaría efectos concretos en la calidad institucional del Estado argentino. En primer lugar, permitiría que los organismos de control actúen con mayor neutralidad y legitimidad, evitando que sus decisiones sean percibidas como meras extensiones de la voluntad del Ejecutivo. En segundo lugar, incrementaría la calidad de la regulación, al contar con un control externo especializado que fiscalice la legalidad y razonabilidad de las decisiones adoptadas en materia de servicios públicos. Y en tercer lugar, fortalecería la confianza de la ciudadanía en las instituciones, al brindar respuestas más eficaces y transparentes a los conflictos entre usuarios y prestadores.

La tercera conclusión que se deriva de la investigación es que el fortalecimiento de los organismos de control exige además de una redefinición conceptual y normativa, la adopción de mecanismos institucionales concretos que garanticen su independencia funcional. Entre ellos cabe mencionar: la estabilidad en la designación y remoción de sus autoridades, la asignación de recursos presupuestarios propios que impidan su dependencia económica del Ejecutivo, la transparencia en sus procesos de decisión y la rendición periódica de cuentas ante la sociedad y el Congreso de la Nación. Estos instrumentos contribuirían a blindar a los

organismos de control frente a las presiones políticas y a consolidar su legitimidad democrática.

Por último, este trabajo permite advertir que la discusión acerca de la función reguladora y de control en los servicios públicos no está cerrada. Por el contrario, constituye un campo abierto para nuevas investigaciones y debates. Será necesario profundizar en el análisis comparado de experiencias internacionales que puedan servir de modelo para el caso argentino, así como en la evaluación de los mecanismos de financiamiento y de participación ciudadana que garanticen una mayor eficacia de los organismos de control.

En definitiva, llegamos a una clara conclusión general de este trabajo, consistente en que los organismos de control de los servicios públicos en la Argentina deben ser redefinidos y fortalecidos como organismos exclusivamente de control, desvinculados de la función regulatoria, con independencia funcional respecto del Poder Ejecutivo y con capacidad real de proteger los derechos de los usuarios. Solo así podrá respetarse el espíritu y el mandato del artículo 42 de la Constitución Nacional y consolidarse un Estado más transparente, eficiente y respetuoso de los principios constitucionales.

La construcción de un modelo institucional coherente en esta materia es un desafío pendiente, pero impostergable. Los usuarios de los servicios públicos no pueden esperar: la calidad, accesibilidad y equidad de los servicios que reciben dependen, en gran medida, de la existencia de organismos de control fuertes, autónomos y eficaces. La implementación de esta teoría no solo resolvería una vieja discusión doctrinaria y jurisprudencial, sino que contribuiría a la consolidación de un Estado moderno, responsable y legitimado ante la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Arballo, G. (2006). *Acerca de las delegaciones legislativas y la Constitución argentina: el caso de un entendimiento dualista para distinguir la "emergencia" de las delegaciones "administrativas" (Reglamentos delegados de administración y reglamentos delegados de emergencia)*. SSRN. <https://doi.org/10.2139/ssrn.916565>

Balbín, C. (2018). *Manual de derecho administrativo* (4ª ed. actualizada y ampliada). La Ley.

Barra, R. C. (1998). Entes reguladores: cuanto menos limiten, mejor. *Clarín*.

Bianchi, A. B. (2006). La potestad reglamentaria de los entes reguladores. *Revista de Derecho Administrativo Económico*.

Bielsa, R. (1947). *Derecho administrativo* (4ª ed., t. II). Librería y Editorial El Ateneo.

Bidart Campos, G. J. (1967). *Derecho constitucional del poder* (t. II). Ediar.

Bustelo, E., & Simone Cajal, G. (2018). *Procedimiento administrativo de Mendoza: Ley 9.003*. ASC.

Canosa, A. (1998). La delegación legislativa en la nueva Constitución. En J. C.

Cassagne, J. C. (1993). Los nuevos entes regulatorios. *Revista de Derecho Administrativo*.

- Cassagne, J. C. (1994). *Intervención administrativa*. Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (1998). *Derecho administrativo* (6ª ed., t. I). Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*. La Ley.
- Cassagne, J. C. (2016). *Curso de derecho administrativo* (11ª ed. actualizada, t. I). La Ley.
- Castro Videla, S. M., & Maqueda Fourcade, S. (2014). *Tratado de la regulación para el abastecimiento*. Ábaco.
- Comadira, J. R. (1996). Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS). *El Derecho*.
- Comadira, J. R. (2000). Reflexiones sobre el derecho administrativo. *El Derecho*.
- Comadira, J. R. (Dir.), & Escola, H. J. (en prensa). *Curso de derecho administrativo*.
Disponible en:
https://campus.eco.unlpam.edu.ar/pluginfile.php/155370/mod_folder/content/0/CURSO%20DE%20DERECHO%20ADMINISTRATIVO%20-%20JULIO%20RODOLFO%20COMADIRA2.pdf?forcedownload=1
- Diez, M. M. (s.f.). *Derecho administrativo* (2ª ed.). Plus Ultra.
- Dromi, J. R. (1978). *Derecho administrativo económico*. Astrea.

- Erbiti, C. (2001). Fortalecimiento de la gestión municipal como oportunidad para el desarrollo local: El caso de Tandil. Ponencia presentada en el I Congreso Argentino de Administración Pública, Rosario, Argentina.
http://www.ag.org.ar/pon_cong.htm#
- FIDA. (2024). *Nuevo enfoque de políticas públicas*. Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola.
- Friedman, M., & Cabrillo, F. (2012). *Capitalismo y libertad: ensayos de política monetaria*. Fundación ICO.
- Gordillo, A. (1996). *Tratado de derecho administrativo* (t. 1, cap. XV). Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de derecho administrativo* (5ª ed., t. 1, cap. XV). Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2009). *Tratado de derecho administrativo: Parte general* (10ª ed.). Fundación de Derecho Administrativo.
- Johnson, P. (1997). *A history of the American people*. Harper Collins Publishers.
- Linares, J. F. (1986). *Derecho administrativo*. Astrea.
- López, A., & Felder, R. (1996). *Regulación y control de la calidad de los servicios públicos privatizados: Los casos del servicio de gas natural, electricidad y agua potable* (Serie I, Documento No. 57). Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), Departamento de Investigaciones Económicas e Institucionales (DIEI).
- Luqui, J. C. (s.f.). División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina. La Ley.

Marienhoff, M. S. (1995). *Tratado de derecho administrativo* (5ª ed., t. I). Abeledo Perrot.

Miller, G. H. (1971). *Railroads and the Granger Laws*. University of Wisconsin Press.

Moreno Molina, Á. M. (1995). *La administración por agencias en los Estados Unidos de América del Norte*. Universidad Carlos II de Madrid – Boletín Oficial del Estado.

Nallar, D. (2010). *Regulación y control de los servicios públicos*. Marcial Pons.

Pérez Hualde, A. (2010). El fundamento constitucional del régimen de los servicios públicos. En *Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento*. Ediciones RAP.

Pérez Hualde, A. (2017). *Concesión de servicios públicos* (1ª ed.). Astrea.

Ponce Solé, J. (s.f.). El derecho a la buena administración y la calidad de las decisiones administrativas. En A. Castro (Ed.), *Buen gobierno y derechos humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú*. IDEHPUCP.

Prats, J. (1993). Derecho y management en las administraciones públicas. *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, 26.

Pritz, O. (1995). La reforma constitucional y los servicios públicos. En J. H. Sarmiento García y otros, *La reforma constitucional interpretada*. Depalma.

Sarmiento García, J. (1994). *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*. Depalma.

Sarmiento García, J. (1999). *Concesión de servicios públicos*. Editorial de Ciencia y Cultura.

Vargas, C. S. (2012). La definición de política pública. *Bien Común*, 18.

Villegas Basavilbaso, B. (1950). *Derecho administrativo* (t. II). Tipográfica Editora Argentina.