

**Voces:** JURISPRUDENCIA ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ SERVICIO PUBLICO ~ CONTROL DE LEGALIDAD ~ INTERESES DIFUSOS ~ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ~ ENTE REGULADOR ~ DESIGNACION DE AUTORIDADES ~ USUARIO ~ TRANSPORTE ~ ENERGIA ELECTRICA ~ GAS NATURAL ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ FACULTADES DEL PODER EJECUTIVO ~ DIRECTORIO ~ ELECCION DEL DIRECTORIO ~ ESTADO ~ DERECHOS DEL USUARIO ~ FISCALIZACION ESTATAL ~ FACULTADES DE ORGANISMO PUBLICO ~ LEGITIMACION ~ ASOCIACION DE CONSUMIDORES ~ DEFENSOR DEL PUEBLO

**Título:** En defensa de la ley

**Autor:** Eliashev, Nicolás

**Publicado en:** Sup. Adm.2010 (agosto), 72

## **I. Introducción.- II. Antecedentes.- III. Argumento.- IV. Conclusión**

### **I. Introducción**

En este trabajo voy a aprovechar la oportunidad brindada generosamente (1) por el Profesor Agustín Gordillo y por la Revista La Ley en ocasión de su 75 aniversario para referirme a una situación peculiar y de gran interés para la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de regulación de los servicios públicos y de control judicial de legalidad de los otros poderes del Estado.

El punto de partida son tres tendencias jurisprudenciales destacadas que señalo aquí y que constituyen, a mi criterio, un buen indicador de las preocupaciones y prioridades de la actual integración de la Corte:

- la voluntad de profundizar y expandir la tutela de los derechos de incidencia colectiva reconocidos por el Artículo 43 de la Constitución Nacional que se evidencia en el caso Halabi (2);

- la preocupación por un ejercicio prudente del control de constitucionalidad a partir de la adopción, en ocasiones, de un criterio clásico en la consideración del “caso” o “causa” judicial que se revela en el caso Dia Argentina; (3)

- la decisión de ratificar los límites de la jurisprudencia clásica (4) al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los órganos administrativos y de profundizar las restricciones a su ejercicio, condicionando de esta manera el alcance de la atribución de resolver controversias de los entes reguladores de servicios públicos, que es posible advertir en el caso Angel Estrada (5).

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha dictado una sentencia que podría determinar —debido a la interposición y concesión de un recurso extraordinario federal— un pronunciamiento de la Corte que deberá armonizar las tres tendencias recién apuntadas. He aquí la situación de peculiaridad y gran interés destacada al principio.

En efecto, en su sentencia del 10 de septiembre de 2009, (6) la Sala V hizo lugar parcialmente a una demanda referida a la designación de autoridades del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), y ordenó a la Secretaría de Energía que arbitre los medios necesarios para realizar la convocatoria pública y dar cumplimiento a los demás procedimientos necesarios para que los integrantes del ENRE sean designados de la manera establecida en los Artículos 58 y 59 de la Ley N° 24.065 y su reglamentación.

Al resolver de esta manera, la Sala V revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, que había rechazado la demanda por considerar que no existía un caso o controversia en los términos de Fallos 321:1252 (7) y que no era posible dictar un pronunciamiento sin invadir la esfera de atribuciones propias del Poder Ejecutivo Nacional.

Posteriormente, la Sala V decidió conceder el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional (8). Al momento del cierre de la edición de este suplemento, el expediente se encuentra a estudio de la Corte Suprema (9).

En consecuencia, la Corte podría tener la oportunidad de pronunciarse respecto de una sentencia referida a un ente regulador de servicios públicos, dictada a partir de una demanda interpuesta por asociaciones para la defensa de derechos de incidencia colectiva alegando la necesidad de tutelar esos derechos. Además, la sentencia respecto a la cual la Corte podría pronunciarse fue dictada revocando una resolución rechazó la demanda con fundamento en la ausencia de un caso o controversia. De allí que se encuentran aquí presentes de alguna manera elementos de Halabi, Dia y Estrada que deberán seguramente ser armonizados por el Alto Tribunal.

Teniendo en cuenta el Artículo 42 de la Constitución Nacional, las Leyes N° 24.065 y 24.076, y la jurisprudencia de la Corte, en el presente trabajo argumento que el incumplimiento de las leyes en lo referido a la designación de las autoridades de los entes reguladores afecta derechos sustantivos de los usuarios así como al debido proceso.

En la Sección II hago referencia a los antecedentes que he tenido en cuenta para mi argumento. En especial, me detengo en las Leyes N° 24.065 y N° 24.076, que constituyen los marcos regulatorios que la legislación

estableció para los servicios públicos de transporte y distribución tanto de energía eléctrica como de gas natural.

En la Sección III desarrollo mi argumento y ofrezco los fundamentos para la posición adoptada mientras que la Sección IV contiene una breve conclusión.

## **II. Antecedentes**

### **II.1 La sentencias del fuero Contencioso Administrativo Federal**

Ciertas asociaciones de defensa del consumidor —Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y otras— interpusieron una demanda (10) con el objeto de solicitar que el Poder Ejecutivo Nacional sea emplazado a dar cumplimiento a las normas legales vigentes en materia de designación las autoridades del ENRE.

La Sala V revocó la sentencia dictada en primera instancia e hizo lugar a la acción. Para así decidir, tuvo en cuenta los siguientes argumentos: (11) (i) el Congreso ha querido garantizar la independencia de los entes reguladores; (ii) la clave de la independencia que se ha querido garantizar reside en la seguridad de que las autoridades conservarán sus empleos ya que sólo podrán ser removidos antes del vencimiento de sus mandatos por acto fundado; (iii) la independencia forma parte de la garantía del debido proceso y por tal razón los particulares y las asociaciones, cuyos derechos han de ser directamente reglamentados, determinados o dirimidos por un ente regulador, están legitimados para cuestionar el medio y las condiciones de designación de los funcionarios que tienen estos poderes ya que de manera incuestionable el ejercicio de las atribuciones referidas afecta o puede afectar sus intereses; y (iv) la exigencia de que exista un daño particularizado y concreto no es inherente ni propia del derecho público, en la medida en que las autoridades tienen numerosos poderes y deberes cuyo ejercicio afecta al público en general.

Por el contrario, en su sentencia del 14 de abril de 2010, (12) la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó una demanda similar a la antes referida, cuyo objeto, en este caso, era el cumplimiento procedimiento legal vigente en materia de designación las autoridades del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS).

El fundamento dado por la Sala IV para decidir el rechazo de la demanda fue entender que no había un “caso” o “controversia” que permita el ejercicio de la jurisdicción en los términos del Artículo 116 de la Constitución Nacional. Por medio de esta decisión, la Sala IV revocó la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado N° 8 del fuero que había hecho lugar a la demanda (13).

La sentencia de la Sala IV ha quedado firme debido al rechazo del recurso extraordinario interpuesto por la parte actora (14).

### **II.2. El procedimiento de designación de las autoridades de los entes reguladores**

Las Leyes N° 24.065 y N° 24.076, que aprobaron los regímenes jurídicos de la electricidad y el gas natural, crearon entes reguladores y dispusieron en forma expresa procedimientos reglados para la designación y remoción de sus autoridades. Según estas normas, en ambos casos:

(i) los entes reguladores son dirigidos y administrados por un directorio integrado por cinco miembros; (15)

(ii) los miembros del directorio deben ser seleccionados entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia y designados por el Poder Ejecutivo Nacional. Durarán un período de cinco años en sus cargos, con posibilidad de renovación indefinida; (16)

(iii) previo a la designación y/o la remoción de los miembros del directorio el Poder Ejecutivo debe comunicar los fundamentos de su decisión a una comisión bicameral del Congreso. Esta comisión tiene treinta días para emitir una opinión, emitida la misma o transcurrido el plazo establecido para ello, el Poder Ejecutivo Nacional está habilitado para el dictado del acto respectivo; (17)

(iv) los miembros del directorio no pueden ser propietarios ni tener interés alguno, directo ni indirecto, en empresas reconocidas como actores de los mercados eléctrico y del gas (18).

De esta manera las Leyes N° 24.065 y N° 24.076 pretendieron dotar al accionar de los entes reguladores de ciertas garantías de idoneidad técnica, imparcialidad e independencia de criterio (19).

En efecto, el requisito de que los miembros de los directorios deban ser seleccionados entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia está claramente dirigido a garantizar la idoneidad técnica de las autoridades de los entes reguladores.

La independencia, entendida en el sentido de una autoridad sin sujeción jerárquica alguna, se pretendió lograr con el nombramiento de autoridades por plazos que en definitiva terminarían por ser distintos de los plazos de ejercicio del Poder Ejecutivo de turno. Al mismo objetivo se apuntó con el requisito de dar intervención al Congreso Nacional previo a los actos de designación o remoción y al hecho de que las autoridades sólo puedan ser removidas por acto fundado.

La prohibición de que las autoridades de los entes tengan cualquier tipo de vinculación con las empresas reguladas está dirigida a garantizar su imparcialidad, entendida ella como neutralidad respecto de intereses opuestos.

Como se argumenta en la sección siguiente, las garantías de idoneidad técnica, independencia e imparcialidad tienen que ver con el régimen regulatorio adoptado, (20) los objetivos políticos y económicos establecidos en las leyes, las funciones y el rol de los entes en el cumplimiento de esos objetivos, y los derechos y deberes constitucionales relevantes en materia de servicios públicos.

### III. Argumento

#### III.1. El Artículo 42 de la Constitución Nacional

##### III.1.1. El principio de legalidad en materia de servicios públicos y en materia de entes reguladores

El Artículo 42 ha consagrado el principio de legalidad en materia de regulación de servicios públicos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado con claridad que “el art. 42 del nuevo texto, en la parte pertinente de su tercer párrafo, dispone que ‘la legislación establecerá...los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional’, y la legislación a la cual se refiere no puede ser otra que la emanada del Congreso de la Nación en ejercicio de los poderes implícitos conferidos por el art. 75, inc. 32, de la Carta Magna” (21).

##### III.1.2. Los derechos y deberes consagrados en el Artículo 42 en materia de servicios públicos

El Artículo 42 de la Constitución Nacional ha reconocido derechos a favor de los usuarios de servicios públicos tales como la protección de sus intereses económicos, la libertad de elección y el trato digno y equitativo, y ha impuesto a las autoridades el deber de proteger esos derechos, controlar los monopolios, controlar la calidad y eficiencia de los servicios públicos y proveer a la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores.

##### III.1.3 El alcance de los deberes constitucionales por parte de las autoridades.

Los deberes descriptos en el punto 3.1.2 anterior tienen un doble alcance. Por una parte tienen un alcance general que se proyecta a todas las autoridades constituidas. Este alcance general se expresa en una faz negativa implicada en la prohibición genérica dirigida a todos los órganos del Estado de actuar en forma contraria a las obligaciones previstas en el Artículo 42. Por otra parte, los deberes constitucionales tienen un sentido específico con una faz activa a partir de obligaciones positivas de hacer dirigidas a las autoridades con competencias específicas en la materia. Estas autoridades aparecen referenciadas como “órganos de control” en el propio texto constitucional pero su creación y configuración —así como los mecanismos por los que se instrumenta el cumplimiento de los deberes constitucionales— han sido dejados a la legislación, que debe establecer los marcos regulatorios.

Según los marcos regulatorios establecidos por la legislación para la energía eléctrica y el gas natural, esto es las Leyes N° 24.065 y N° 24.076, el ENRE y el ENARGAS son las autoridades encargadas de cumplir con los deberes de protección y control, consagrados constitucionalmente a posteriori de su creación pero ya previstos legalmente (22).

Las Leyes N° 24.065 y N° 24.076 han establecido los mecanismos bajos los cuales se concretan los deberes constitucionales de la protección de los derechos de los usuarios, el control de los monopolios y el control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

#### III.2. El cumplimiento de los deberes constitucionales. El Régimen regulatorio adoptado. Las funciones de los entes y su independencia, imparcialidad e idoneidad técnica. Los derechos sustantivos de los usuarios

##### III.2.1. La fractura del poder

Los regímenes regulatorios introducidos por las Leyes N° 24.065 y N° 24.076, se caracterizan por organizar los sectores de la energía eléctrica y el gas natural bajo una forma que en la Argentina ha sido introducida por el Profesor Agustín Gordillo como “fractura del poder”: es decir una distribución tal de funciones y controles que implique que “nadie pueda controlarlo todo”, (23) ello implica una nueva manera de concretar el principio clásico de división de poderes propio de la noción moderna de democracia.

En el diseño de las Leyes N° 24.065 y N° 24.076, hay una múltiple fractura del poder que se da, en primer término entre el Estado y el sector privado pero especialmente al interior de cada uno de estos.

##### a) La distinción entre el rol del Estado y el papel de los privados.

Según el Artículo 3° de la Ley N° 24.065 y el Artículo 4° de la Ley N° 24.076, las actividades de transporte y distribución deben ser realizadas por personas jurídicas privadas habilitadas por el Poder Ejecutivo Nacional. De esta manera, la prestación del servicio ha sido confiada prioritariamente al sector privado, mientras que el Estado retiene su autoridad de habilitar, regular y controlar.

##### b) La fractura del poder estatal.

Para concretar la fractura del poder estatal se ha adoptado el principio en virtud del cual “el que concede no debe controlar” (24). Entonces, por una parte la ley reserva al Poder Ejecutivo el poder de conceder o habilitar a empresas privadas la prestación de servicios públicos y por otro lado se encomienda a entes descentralizados de la Administración Central la misión de controlar que la prestación se efectúe de conformidad con las leyes y con

las condiciones contractuales vigentes.

La independencia del ente regulador, a cargo del control de los servicios públicos cuya prestación o habilitación a privados ha sido dispuesto por el Poder Ejecutivo, es un elemento central del postulado que llama a diferenciar el poder de conceder del poder de controlar. El que controla no debe estar influido por el que concede y viceversa. Son garantías recíprocas que están previstas a favor de los derechos de los usuarios y en cumplimiento del deber constitucional de las autoridades de controlar los monopolios, y la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

Así, si suponemos —en forma teórica— que un determinado Poder Ejecutivo otorga una concesión o licencia a una empresa poco idónea pero cercana a sus intereses políticos o económicos, un ente regulador independiente podrá controlar eficazmente la calidad de la prestación del servicio y adoptar las medidas correctivas que correspondan. De la misma manera, en el caso de una situación de convivencia entre una empresa y su ente regulador que determinara un control deficiente de este último que a su turno implicara una mala prestación del servicio, la autoridad concedente o habilitante, podría enmendar esta situación ejerciendo su potestad rescisoria (siempre que ello esté expresamente previsto en el contrato o licencia).

c) La fractura del poder en el sector privado.

En lo que se refiere al sector privado, la fractura del poder se ha plasmado en la desintegración vertical y horizontal de las industrias, en la apertura a la competencia y en la posibilidad de la adquisición directa de electricidad o de gas natural por parte de los grandes usuarios. Así, tanto en el sector eléctrico como en el sector del gas natural, las reformas regulatorias (25) introducidas por las Leyes N° 24.065 y N° 24.076 incluyeron la desintegración vertical y la apertura del sector de generación y/o producción a la libre competencia (26).

La desintegración vertical implicó la separación de las actividades de generación/producción, transporte y distribución tanto en el caso de la energía eléctrica como del gas natural y la prohibición de tenencias cruzadas entre los distintos segmentos (27).

La apertura a la competencia en el sector de la generación eléctrica y la producción de gas se complementa con el derecho de los grandes usuarios a adquirir electricidad y/o gas natural directamente de los generadores o productores (28).

La desintegración vertical y la apertura a la competencia importan ensanchar el espacio del derecho constitucional a la libertad de elección y además implican un límite y un control a los monopolios, también en cumplimiento de la manda constitucional prevista en ese sentido.

Estas características de la estructura de los sectores regulados explican la necesidad de la imparcialidad del ente regulador.

En efecto, el resultado de la desintegración vertical y horizontal de las industrias de la electricidad y el gas natural es una notable multiplicidad y diversidad de agentes con intereses contrapuestos.

En estas condiciones, la imparcialidad es una garantía que permite a todos los agentes del sistema operar en condiciones de igualdad ante la ley además de proveer al trato equitativo que es un derecho de los usuarios.

La independencia y la imparcialidad están ligadas en forma indisoluble, ya que también operan como garantías recíprocas. Así, si —por ejemplo— existiera una empresa distribuidora en convivencia con la autoridad concedente, la situación podrá ser planteada tanto por los usuarios como por los otros agentes ante un ente imparcial.

Finalmente, el diseño de poder fracturado y distribuido, con multiplicidad de actores y con la complejidad técnica que ello implica, requiere de autoridades especializadas. La idoneidad técnica entonces, también se relaciona directamente con la independencia y la imparcialidad.

### III.2.2. Los objetivos políticos y económicos de las leyes y el rol de los entes reguladores

Ambas leyes se caracterizan por enumerar explícitamente sus objetivos en su respectivo Artículo 2°. Los objetivos son prácticamente idénticos y en los dos casos se encuentran expresamente previstos en las leyes los siguientes: a) protección adecuada de los derechos de los usuarios; b) fomento a la competitividad de los mercados y a las inversiones para el suministro a largo plazo; c) confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios de transporte y distribución; d) tarifas justas y razonables; y e) uso eficiente y racional de los recursos.

En definitiva, en ambos casos se ha puesto el acento en los derechos de los usuarios entendiendo que la mejor manera de concretar el ejercicio pleno de esos derechos es el establecimiento de reglas de juego estables y claras en el largo plazo que garanticen competitividad, inversiones y en consecuencia eficiencia, confiabilidad, economía y seguridad en el suministro tanto de energía eléctrica como de gas natural.

Los entes reguladores tienen un rol clave en este diseño institucional. Según el Artículo 2° de la Ley N° 24.065, el ENRE “sujetará su accionar a los principios y disposiciones de la presente norma, y deberá controlar que la actividad del sector eléctrico se ajuste a los mismos.” Asimismo, en el Artículo 54 se expresa que el ENRE “deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2°

de esta ley”.

Por su parte, el Artículo 2° de la Ley N° 24.076 dispone que los objetivos allí establecidos: “serán ejecutados y controlados” por el ENARGAS. De la misma manera, el Artículo 50 establece que el ENARGAS “deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2 de esta ley”.

Es decir que en ambos casos se ha erigido a los entes reguladores en una suerte de guardianes encargados de controlar que las actividades reguladas en las leyes respectivas (energía eléctrica y gas natural) sean efectuadas de acuerdo con esas normas, y más aún, son los responsables de cumplir con los objetivos enunciados legalmente. Como se señaló antes, esos deberes tienen también fuente constitucional.

En función de ello las leyes les confirieron a los entes reguladores (29) funciones y obligaciones relevantes que están asimismo relacionados en forma directa con los derechos y deberes previstos en el Artículo 42:

a) el control de la prestación de los servicios y del cumplimiento de las obligaciones fijadas contractualmente;

b) el dictado de reglamentos en materia de seguridad, procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de interrupción y reconexión de los suministros y de calidad de los servicios prestados;

c) el establecimiento de las bases del cálculo de las tarifas y el control de que ellas sean aplicadas de conformidad con las normas legales y contractuales;

d) la publicación de los principios generales para asegurar el libre acceso a los servicios;

e) la reglamentación del procedimiento para las sanciones y su aplicación;

h) la resolución de controversias entre los sujetos regulados por las leyes (30).

### III.2.3 El carácter sustantivo de la independencia, la imparcialidad y la idoneidad técnica

Por los motivos expresados más arriba, la independencia, imparcialidad e idoneidad técnica antes mencionadas, no sólo son importantes para la resolución de las controversias como podría pensarse a primera vista y como se considera en el punto siguiente, sino, especialmente, para las otras funciones de los entes previstas en las leyes, en especial, las correspondientes al control de la calidad y la eficiencia de los servicios públicos, las cuestiones tarifarias y aquellas relacionadas con el acceso abierto de las redes.

De esta manera, la independencia, imparcialidad e idoneidad técnica de los entes reguladores son una parte esencial de los derechos sustantivos consagrados a favor de los usuarios por el Artículo 42 de la Constitución Nacional.

Sin independencia, imparcialidad e idoneidad técnica de los entes reguladores se afecta en forma directa la protección a los derechos de los usuarios, el control de los monopolios, y el control de la calidad y eficiencia de los servicios, y se vulneran los derechos de los usuarios a la protección de sus intereses económicos, su libertad de elección y al trato digno y equitativo.

Las Leyes N° 24.065 y N° 24.076 previeron un procedimiento para la integración de los entes reguladores enfocado en la independencia, imparcialidad e idoneidad técnica de sus autoridades. El cumplimiento de ese procedimiento de conformidad con las leyes vigentes es entonces inherente a la vigencia plena de los derechos de los usuarios.

III.3 Independencia, imparcialidad e idoneidad técnica como elementos del debido proceso. La jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a los entes reguladores

La independencia, imparcialidad e idoneidad técnica además de integrar los derechos sustantivos de los usuarios, garantías adjetivas propias del debido proceso.

En dos oportunidades, la Corte Suprema se refirió específicamente a los entes reguladores, con particular referencia a sus atribuciones de resolver controversias entre particulares.

En el caso Litoral Gas (31), la Corte resolvió que las facultades del ENARGAS en materia de resolución de controversias deben estar limitadas a las controversias entre los sujetos regulados por la Ley N° 24.076 “con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas”. Es decir, adoptó el criterio de la especialidad para delimitar las facultades de resolver controversias por parte del ENARGAS excluyendo de su conocimiento aquellas que exceden la materia específica regulada.

En el caso Estrada (32), referido al ENRE, la Corte adoptó y profundizó la doctrina del caso Litoral Gas, ratificando asimismo la tradicional jurisprudencia del caso Fernández Arias. Así, de acuerdo con lo resuelto por el Alto Tribunal en este caso, el ejercicio de la atribución de dirimir controversias de los entes reguladores es válido cuando: (i) hay control judicial amplio y suficiente; (ii) las cuestiones a ser resueltas están directamente relacionadas con la actividad regulada; (iii) los organismos que resuelven hayan sido creados por ley; (iii) la independencia e imparcialidad de los entes se encuentren aseguradas; (iv) el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos haya sido razonable (33). Respecto a este último requisito, la Corte brindó pautas para evaluar la razonabilidad ya que consideró que la jurisdicción de los organismos

administrativos se justifica por la necesidad de idoneidad técnica, cumplimiento de deberes previstos en la ley y requerimientos de uniformidad o consistencia. Ellos son indicadores de la razonabilidad de los objetivos políticos y económicos tenidos en cuenta por el legislador para atribuir a un ente regulador la potestad de resolver controversias entre particulares (34).

En consecuencia, lo resuelto en Estrada no aniquila la atribución de resolver controversias por parte de entes reguladores como el ENRE o el ENARGAS —que han sido creados por ley—, sino que condiciona su ejercicio al cumplimiento de los requisitos antes mencionados.

Con el alcance limitado señalado, la Corte Suprema ha dejado entonces a salvo la potestad de los entes reguladores de resolver ciertas controversias. Entre los límites fijados por la Corte se destacan que los entes reguladores hayan sido creados por ley y que se encuentren aseguradas la independencia e imparcialidad.

En estas condiciones, la integración de los entes reguladores en forma conteste con las leyes de su creación y su consecuente independencia, imparcialidad e idoneidad técnica, son requisitos ineludibles para la continuidad en el ejercicio de las atribuciones de resolver controversias.

#### III.4. La realidad

Según ha sido considerado en el trámite judicial de la demanda referida a la designación de miembros del ENARGAS, “surge en forma patente que desde por lo menos el 31 de marzo de 2000, ningún miembro del ENARGAS fue designado de conformidad con el ordenamiento jurídico” (35).

Más aún, desde el año 2007 el ENARGAS se encuentra intervenido por decisión del Poder Ejecutivo Nacional (36).

Por su parte, respecto del ENRE, el procedimiento de convocatoria abierta para ocupar los cargos vacantes que fue dispuesto por Resolución de la Secretaría de Energía N° 123/03 del 30 de julio de 2003 nunca fue concretado (37).

#### III.5. La afectación de derechos por el incumplimiento del procedimiento previsto por la ley para la designación de autoridades de los entes

La realidad expuesta en el punto anterior revela que los procedimientos de designación de autoridades de los entes reguladores previstos en las leyes no se cumplen hace prácticamente diez años. De ello se sigue que la independencia, imparcialidad e idoneidad técnica buscada por dichos procedimientos se encuentra directamente alterada.

Por las razones expuestas a lo largo de este trabajo, la alteración de la independencia, imparcialidad e idoneidad técnica de los entes reguladores viola directamente los derechos sustantivos de los usuarios previstos en la Constitución Nacional y atenta contra el debido proceso.

En consecuencia, aquél que recurra ante el Poder Judicial para lograr tutela ante esta situación estará persiguiendo “en concreto la determinación de un derecho entre partes adversas” encuadrándose en el concepto de “caso” o “causa contenciosa” exigido por la jurisprudencia de la Corte Suprema para habilitar “el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa” (38).

#### III.6. La legitimación.

Establecido que existe una vulneración de los derechos sustantivos de los usuarios que determina una causa judicial corresponde referirse brevemente a la legitimación para accionar judicialmente.

El Artículo 43 de la Constitución Nacional reconoce legitimación para interponer una acción de amparo “en lo relativo a los derechos que protegen (...) al usuario” al afectado, al defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

Por su parte, el Artículo 55 la Ley de Defensa del Consumidor reconoce legitimación para accionar a las asociaciones de usuarios cuando “resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios”

En estas condiciones, parece evidente que una asociación de usuarios está legitimada para accionar en reclamo del cumplimiento del procedimiento previsto en las leyes para la designación de las autoridades de los entes reguladores.

#### III.7. Precisiones sobre la aplicación de la jurisprudencia referida al requisito de “caso” o “causa”

Finalmente, resulta pertinente efectuar algunas precisiones relacionadas con el requisito de la existencia de “caso” o de “causa contenciosa” y su aplicación al supuesto bajo examen —incumplimiento de procedimientos previstos en las leyes—.

No debe perderse de vista que la jurisprudencia tradicional en materia de exigencia de “caso” o “causa” se ha aplicado tradicionalmente para limitar el control de constitucionalidad o legalidad de actos de otros poderes, en especial, constitucionalidad de leyes, de modo tal que ese control sea compatible con la división de poderes (39). Por ello, se exige que quien demande la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de ilegalidad de un acto invoque asimismo la necesidad de determinar un derecho entre partes adversas. Por el contrario, se

rechaza el control de constitucionalidad de legalidad si solamente está basado en un mero interés genérico en el cumplimiento de la ley.

A criterio de la Corte este requisito debe ser observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes (40). Esta es la manera de armonizar la facultad judicial de controlar la actividad de los otros poderes con el mentado principio de la división de poderes y el carácter democrático y representativo de nuestro sistema de gobierno. De otro modo el Poder Judicial podría convertirse en una suerte de legislador negativo que derogara leyes por la mera disconformidad de quienes acuden a su tutela.

Ahora bien, en la acción judicial referida a la designación de autoridades de los entes reguladores, el Estado Nacional solicitó su rechazo y para ello alegó la inexistencia de caso o causa contenciosa. Como se ha visto más arriba, la Sala IV de la Cámara aceptó esa argumentación y la tomó como fundamento para el rechazo de la demanda, apoyándose en la jurisprudencia tradicional de la Corte de la materia.

Mi parecer es que esa jurisprudencia de la Corte es inaplicable a este supuesto en donde no se tacha una ley de inconstitucional, ni tampoco se impugna un acto del Poder Ejecutivo. Todo lo contrario. Se alega que existen derechos constitucionales y leyes vigentes que protegen esos derechos, se denuncia que esas leyes no se cumplen y que por ende esos derechos se vulneran, y se demanda de aquellos que tienen el deber de cumplir esas leyes algo tan simple como que se cumplan. No hay entonces violación a la división de poderes ni la intervención del Poder Judicial implica el ejercicio de funciones ajenas. Sólo hay un reclamo de cumplimiento de la ley.

Más aún, si existen leyes vigentes y se alega que no se han cumplido por casi diez años, pareciera razonable considerar que no son los actores los que tienen que acreditar la lesión de un derecho sino que son los demandados quienes tienen la carga de probar que existe alguna causa razonable que pueda justificar la falta de cumplimiento de la ley (41).

#### **IV. Conclusión**

La omisión de los requisitos previstos por las leyes para la designación de las autoridades de los entes reguladores determina una violación a los derechos previstos por el Artículo 42 de la Constitución Nacional así como una afectación al debido proceso. La demanda que plantea esta situación formula un caso que habilita a los jueces a conocer de él.

Es preciso entonces recordar que el Artículo 3 de la Ley 27 prescribe que uno de los objetos del Poder Judicial es “sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

Hago votos para que este sea el criterio que oportunamente adopte la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si así lo hace, nuestro más Alto Tribunal habrá actuado en defensa de la Ley.

(\*) Y lo profundo no está en lo móvil, sino en lo inmóvil: en la ley. Joaquín Torres García.

(1) La generosidad de la convocatoria queda plasmada en la extraordinaria pluralidad y diversidad de opiniones que reflejan las voces presentes en este suplemento. Considero que el pluralismo y el debate respetuoso entre posiciones diferentes es una muy buena manera de celebrar un aniversario. Es bueno tener presente este espíritu en un año de aniversarios trascendentes para el país. Por otra parte, agradezco a Agustín García Sanz por sus comentarios, sugerencias e ideas que constituyeron un valioso aporte al presente trabajo.

(2) “Halabi, Ernesto c/PEN”, CSJN, Fallos: 332:111, 24 de febrero de 2009. Sobre el caso Halabi es recomendable el trabajo del GARCIA PULLES, FERNANDO, “Un nuevo concepto de ‘caso’ en la jurisprudencia y su incidencia en el proceso y procedimiento administrativos (a partir de los fallos Halabi o y Defensor del Pueblo)” que se encuentra en este suplemento.

(3) “Dia Argentina S.A. c/Buenos Aires, Provincia de”, CSJN, D. 335. XXXIX, 15 de junio de 2010. Sobre el concepto de caso, ver el trabajo del Profesor GARCIA PULLES citado en la nota anterior.

(4) “Fernández Arias c/Poggio”, CSJN, Fallos: 247:646, 19 de septiembre de 1960.

(5) “Angel Estrada y Cía. S.A. c/resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos”, CSJN, Fallos 328:651, 5 de abril de 2005.

(6) “ACIJ y otros c/E.N. s/proceso de conocimiento”, Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sentencia del 10 de septiembre de 2009.

(7) “Consumidores Libres s/amparo, CSJN, Fallos 321:1252, 7 de mayo de 1998.

(8) “ACIJ y otros c/E.N. s/proceso de conocimiento” sentencia del 11 de diciembre de 2009, Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

(9) Según surge del sitio Web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

(10) La demanda fue interpuesta en los términos del Artículo 55 de la Ley N° 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) que le reconoce a las “asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación” legitimación “para accionar cuando resulten objetivamente

afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios”.

(11) Con un voto del Dr. Jorge F. Alemany al que adhirió el Dr. Pablo Gallegos Fedriani. Ver en especial los considerandos V y VI del voto mencionado.

(12) “ACIJ y otros c/EN-Ley 24.076 (art. 53)”, Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, 15 de abril de 2010.

(13) Sentencia del 14 de agosto de 2009 dictada por la Dra. Clara Do Pico, Jueza a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8 en “ACIJ y otro c/EN- ley 24076 (art. 53) s/Proceso de conocimiento”.

(14) “ACIJ y otros c/EN-Ley 24.076 (art. 53)”, Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, 15 de junio de 2010.

(15) Artículo 57, Ley N° 24.065 y Artículo 53, Ley N° 24.076.

(16) Artículo 58, Ley N° 24.065 y Artículo 54, Ley N° 24.076.

(17) Artículo 59, Ley N° 24.065 y Artículo 55, Ley N° 24.076

(18) Artículo 60, Ley N° 24.065 y Artículo 56, Ley N° 24.076

(19) Ver, entre muchos otros, COMADIRA, JULIO RODOLFO: “Reflexiones sobre la Regulación de los Servicios Privatizados y los Entes Reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS”, ED 162-1134.

(20) ELIASCHEV, NICOLAS, “Los cargos tarifarios para obras en gas y electricidad. Una etapa más en una demolición oculta,” JA, 2006-II, Suplemento de Derecho Administrativo, pp. 17-24.

(21) “Telefónica de Argentina S.A. s/acción de inconstitucionalidad ley 2813”, CSJN, Fallos: 321:1074, 28 de abril de 1998 y “Telefónica de Argentina S.A. c/Provincia de Mendoza, CSJN, Fallos: 326:4718, 25 de noviembre de 2003.

(22) Ver, en el mismo sentido: GORDILLO, AGUSTIN, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, La Defensa del Usuario y del Administrado, 9ª edición, 2009, Cap. II, § 2, pág. II-6.

(23) GORDILLO, AGUSTIN, ob. cit., Tomo 1, Parte General, 10ª edición, 2009, Cap. III, § 5.1, pág. III-7. Ver también, REIRIZ, MARIA GRACIELA, “Autoridades Independientes para la Regulación y Control de Servicios Públicos” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.) Temas de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Doctor AGUSTIN GORDILLO, Librería Editora Platense, La Plata, 2004, pág. 265 y ss.

(24) GORDILLO, AGUSTIN, Tratado de Derecho Administrativo, ob. cit, Tomo 1, Cap. XV, § 2, pág. XV-3.

(25) TAWIL, GUIDO, “Avances Regulatorios en América Latina: Una evaluación necesaria”, ED, 28 de julio de 2000. AGUILAR VALDEZ, OSCAR, “Competencia y Regulación Económica - Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, en AAVV, Servicio Público, Policía y Fomento, Ediciones RAP, 2004.

(26) Ver ELIASCHEV, NICOLAS, “Debates sobre la Regulación Económica del Sector Eléctrico. ¿Desintegración desintegrada?”, Res Publica Argentina 2006-3 y la doctrina allí citada.

(27) Ley N° 24.065, Artículos 30 y 31. Ley N° 24.076, Artículos 33 y 34.

(28) ELIASCHEV, NICOLAS, “Sector eléctrico: Crisis y después. Presupuestos y propuestas para una contribución regulatoria a la superación de la crisis”, Res Publica Argentina 2007-2.

(29) Respecto a las funciones que ejercen los entes reguladores y a su conceptualización, ver BIANCHI, ALBERTO B., “Los Entes Reguladores”, en AA.VV. Servicio Público y Fomento, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004.

(30) Hoy está facultad debe ejercerse de conformidad con las condiciones establecidos por la Corte Suprema en los casos Litoral Gas y Estrada.

(31) Litoral Gas S.A. c/ENARGAS, —resol. 29/94—, CSJN, Fallos 321:776, 16 de abril de 1998.

(32) Estrada, caso citado. Sobre otras cuestiones consideradas en esta sentencia ver: GARCIA SANZ, AGUSTIN, “Limitación de responsabilidad y servicios públicos: Cuando el sol es más grande que la mano (Notas al margen del fallo “Estrada””, La Ley SJDA 2005-D, 431, CAMPOLIETI, FEDERICO, “El costo de falla del Servicio Público”, El Derecho, EDA 2005-627 y HUICI, HECTOR, “El Caso ‘Estrada’. Diversas proyecciones en materia de servicios públicos”, JA 2005-III, Número Especial, El Caso Angel Estrada, 31.08.2005, pág. 64-68.

(33) Estrada, considerando 12 del voto de la mayoría.

(34) Estrada, considerando 13 del voto de la mayoría.

(35) Ver el considerando IX de la esclarecedora Sentencia del 14 de agosto de 2009 dictada por la Dra. Clara Do Pico, Jueza a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo

Federal N° 8 en “ACIJ y otro c/EN- ley 24076 (art. 53) s/Proceso de conocimiento”.

(36) La intervención fue dispuesta por el Decreto N° 571/07 del 21 de mayo de 2007 por un plazo ciento ochenta días que fue prorrogado sucesivamente en siete ocasiones por los Decretos N° 1646/07, N° 80/07, N° 953/08, N° 2138/08, N° 616/09, N° 1874/09 y 1038/10. Las decisiones referidas a la intervención del ENARGAS no fueron analizadas en sede judicial ya que no fueron objeto de un planteo por parte de las demandantes.

(37) Ver la referencia al respecto realizada por la Sala V en su sentencia en “ACIJ y otros c/E.N. s/proceso de conocimiento”.

(38) Caso Dia, antes citado.

(39) Ver por ejemplo, Fallos: 307:2384, 311:2589, 313:588, 313:594, 322:528, 326:3007, entre muchos otros.

(40) Caso Dia, antes citado y jurisprudencia citada en la nota anterior.

(41) Ver, en un sentido similar, el voto de la Dra. Carmen Argibay en “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional”, CSJN, Fallos: 329:5913, 27 de diciembre de 2006.