

CAPÍTULO VII

LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

SUMARIO

1. Introducción.....	VII-1 / 297
2. Fundamento de la intervención estatal	VII-3 / 299
3. La eterna emergencia económica	VII-4 / 300
4. Antecedentes de los entes reguladores.....	VII-5 / 301
5. ¿Regulación <i>vs.</i> desregulación?.....	VII-6 / 302
6. Regulación económico-social.....	VII-8 / 304
6.1. Los costos de la regulación	VII-8 / 304
6.2. La eficiencia de la regulación	VII-9 / 305
7. Una vieja alternativa: La participación, concertación y el control social.....	VII-9 / 305
8. Auto y heteroregulación.....	VII-10 / 306
9. Los umbrales regulatorios actuales	VII-12 / 308
9.1. Defensa del usuario y consumidor, de la competencia, lealtad comercial	VII-12 / 308
9.2. Tutela del medio ambiente y la salud	VII-14 / 310
9.3. Defensa de la privacidad y confidencialidad	VII-15 / 311
9.4. Otras regulaciones	VII-15 / 311
9.5. La regulación de origen internacional	VII-17 / 313
10. La actual política legislativa general	VII-17 / 313
11. El inexistente equilibrio.....	VII-19 / 315
11.1 Consecuencias económicas.....	VII-20 / 316
11.2 Consecuencias sociales.....	VII-20 / 316
12. Quién ejerce la regulación en el orden nacional	VII-21 / 317
12.1. La salvedad internacional	VII-21 / 317
12.2. Las tres variantes primarias	VII-22 / 318

12.3. El fin de las delegaciones legislativas preexistentes, por la Constitución de 1994	VII-23 / 319
13. Los entes reguladores o autoridades regulatorias independientes	VII-24 / 320
13.1. Facultad regulatoria propia y no delegada. Impro- cedencia de la avocación, alzada e intervención	VII-25 / 321
13.2. La finalidad de los entes reguladores	VII-27 / 323
14. La regulación interjurisdiccional	VII-27 / 323
15. La regulación de los servicios públicos privatizados	VII-28 / 324
15.1. Las políticas legislativas sectoriales	VII-28 / 324
15.2. Tarifas de servicios públicos, planes de obras e inver- siones, etc.	VII-29 / 325
15.3. Generación de energía.....	VII-30 / 326
15.4. El principio regulatorio.....	VII-30 / 326
16. Las regulaciones de actividades en libre competencia y de otros sectores económicos o sociales.....	VII-31 / 327
16.1. Regulación económica de bancos, entidades financie- ras y seguros, etc.	VII-32 / 328
16.2. Medios de comunicación.....	VII-32 / 328
16.3. Regulaciones sociales, de seguridad, educación, etc.	VII-33 / 329
16.4. Un caso de ambigüedad terminológica: La desregu- lación portuaria.....	VII-33 / 329
16.5. Otras materias	VII-33 / 329
17. Algunas conclusiones.....	VII-34 / 330
17.1. Las leyes de delegación en blanco y las autoridades de aplicación	VII-35 / 331
17.2. Su caducidad en 1999/2004/2006/2008/2009/2010....	VII-35 / 331
17.3. El caso de los entes reguladores creados por ley.....	VII-37 / 333
17.4. La necesaria creación de autoridades regulatorias independientes en las áreas de delegación legislativa que caducan en 1999/2004/2006/2008/2009/2010. <i>Quo usque tandem Catilina?</i>	VII-37 / 333
18. El procedimiento regulatorio: La audiencia pública.....	VII-37 / 333
19. Un proyecto para la transición	VII-38 / 334
20. No hay alternativas.....	VII-40 / 336

Capítulo VII

LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

1. Introducción

La vida en sociedad supone necesariamente la regulación¹ de la conducta de los individuos y grupos de personas: El problema es dónde poner el justo medio que

¹Comp. BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica*, t. 1, Buenos Aires, Ábaco, 2001; “Toda la legislación delegada está por caducar: ¿qué hacemos con la disposición transitoria octava?” *ED*, 182: 1270; GELLI, MARÍA A., “Cuestiones de la delegación legislativa,” *ED*, 182: 1284; MILJIKER, MARÍA EVA, “A propósito de un fallo: la delegación legislativa después del 24 de agosto de 1999,” *LL*, 1999-D, 353; BUSTAMANTE, JORGE E., *Desregulación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; BONFIELD, ARTHUR EARL, *State Administrative Rule Making*, Boston y Toronto, Little, Brown and Co., 1986; SCHUCK, PETER H., *Law and Post-Privatization Regulatory Reform: Perspectives from the U.S. Experience*, mimeo, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 1998; SARAVIA, ENRIQUE y otros (org.), *Regulação, defesa da concorrência e concessões*, Río de Janeiro, FGV Editora, 2002; BARRA, RODOLFO C., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Principios. Fuentes*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, cap. III, § 25-7 y pp. 139-54; COMADIRA, JULIO R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, cap. VIII; MATA, ISMAEL, “Del Estado empresario al Estado regulador,” en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1994, p. 219 y ss.; SALOMONI, JORGE L., *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios públicos. Control y protección*, Buenos Aires, 1996; GUAJARDO, CARLOS A., *Código Alimentario Argentino. Su valoración jurídica*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998; MIRKO, JUAN, “Sobre la caducidad de la legislación delegada preexistente,” en *CEDyCS, II Congreso Nacional de Derecho Público. Ponencias*, 1999, pp. 232-6; NEUMANN, ARIEL, “El destino de la legislación delegada en la Constitución reformada,” en *Ponencias, op. cit.*, pp. 236-9; BRITO, MARIANO R. y DELPIAZZO, CARLOS E., *Derecho administrativo de la regulación económica*, Montevideo, 1998; GRAU, EROS R., *A Ordem Económica na Constituição de 1998*, San Pablo, 1990; *Elementos de direito econômico*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1981; WITKER, JORGE, *Derecho económico*, México D.F., Harla, 1985; *Curso de derecho económico*, México, 1989; MARTÍN MATEO, RAMÓN, *El marco público de la economía de mercado*, Madrid, 1999; GORZELANY, LILIANA B.; MAC MAHON, JUAN JOSÉ y SARCIAT, ALBERTO DIEGO, “Entes Reguladores,” *RAP*, 213: 104; SORIA, DANIEL F., “Sobre los entes reguladores, los conflictos entre prestadores y usuarios de servicios y las vías administrativas previas,” *RAP*, 234: 61; CITARA, RUBÉN M., *El servicio público*, Parte 2, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1997; PALAZZO, EUGENIO L., “Caducidad de las delegaciones legislativas,” *ED*, 182: 1269; PUNTE, ROBERTO A., “¿Cómo salir del problema del 25 de agosto?,” *ED*, 182: 1302; MIAILLE, MICHEL (dir.), *La régulation entre droit et politique*, París, L’Harmattan, 1992; AA.VV., *La regulación de la competencia y los servicios públicos*, Buenos Aires, FIEL, 2000; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Control estricto en la delegación legislativa,” *LL*, 2009-A, 161; CAMPOLIETI, FEDERICO, “La delegación legislativa en la jurisprudencia de la Corte,” *LL, Suplemento Extraordinario*

se adecue a cada época y a cada situación. Es el eterno dilema de cuánta libertad y cuánta autoridad.² Se puede discurrir siempre respecto a la regulación y desregulación pero mientras tanto, por acción u omisión, estaremos en algún punto de la balanza. No se pueden formular reglas generales³ y es oportuno recordar a POPPER:⁴ Un mercado libre sin intervención no puede existir, ni existe de hecho; pero la intervención en sí no garantiza nada, pues depende de cómo efectivamente se haga: Puede tanto favorecer como perjudicar, sea a los productores o a los consumidores; puede por ineptitud o corrupción hasta perjudicarlos a ambos al mismo tiempo, como ocurre en la actualidad. Parafraseando a RIVERO, tanto se puede estar en la “ley de la jungla” como en la “jungla de la ley.” En la alternativa, él prefería lo segundo.

La intervención del Estado en la economía y en la sociedad encuentra su última justificación en el logro del bien común: Esto es un cliché que requiere ser bajado a niveles de racionalidad, o de lo contrario nada ganaríamos con haber dejado de utilizar la noción de policía o poder de policía para en su lugar utilizar otra frase vacua y que no constituye sino un cliché más, como diría en otras circunstancias la CSJN.⁵ La experiencia indica que las leyes y reglamentos demasiado minuciosos o abarcativos pierden efectividad, terminan en la imposibilidad de aplicación práctica y son la base de la ineficiencia económica o inclusive de la corrupción administrativa en perjuicio final de los usuarios y consumidores. (Normas ostensiblemente favorables al productor, p. ej. una tarifa de servicios públicos monopólicos que exceda una utilidad razonable.) También puede resultar en perjuicio inicial del productor y final del consumidor (costos adicionales ineficientes, o corrupción administrativa que se traslada a los precios al consumidor, caída de la producción y de las exportaciones, huida de capitales, etc.); o sea, todos pierden. La actividad de todo sujeto de derecho tiene al menos la legislación de derecho

75 Aniversario, 2010, pp. 172-180; FERRARI, GISELA A., “Delegación legislativa: análisis doctrinario y legislativo. A más de un año del 24 de agosto de 2010,” *LL*, 2011-E, 1091.

² *Supra*, t. 1, *Parte general*, *op. cit.*, cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo.”

³ *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. I, “El método en derecho.”

⁴ Dice POPPER: “un mercado libre sin intervención no existe, ni puede existir” (*La lección de este siglo*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial, 1998, p. 59); “El mercado libre es muy importante, pero no puede ser absolutamente libre como ninguna cosa lo es. La libertad absoluta es un sinsentido” (*op. cit.*, p. 63, donde continúa desarrollando el pensamiento de KANT); “Un «exceso» de estatismo lleva a falta de libertad. Pero existe también algo así como «exceso» de libertad” (*op. cit.*, p. 111.) “Necesitamos la libertad para impedir que el estado abuse de su poder y necesitamos al estado para impedir el abuso de la libertad. Este es un problema concreto que quizás nunca se resuelva en lo abstracto por medio de leyes,” “*Debemos aceptar que es un problema que tal vez no se resuelva nunca de un modo definitivo.*” (*op. loc. cit.*) Ver también a SCHUCK, *Law and Post-Privatization Regulatory Reform: Perspectives from the U.S. Experience*, *op. cit.*, quien expone la idea de considerar simultáneamente a la regulación económica y social.

⁵ CSJN, *Comunidad Indígena Eben Ezer*, *LL*, 2009-A, 384, con nota de D'ARGENIO, INÉS, “«Sin clichés» dijo la Corte.” Sin embargo, la Corte continúa mentándolo, *Colgate Palmolive Argentina S.A. y otros*, 1-X-13.

civil, penal, comercial, etc., que la regula, emanada de un cuerpo legislativo, electivo, representativo, en suma el Congreso por el procedimiento previsto para la sanción de las leyes. Pero a su vez cabe distinguir entre ese tipo de normas, dotadas de una cierta seguridad y previsibilidad y las cambiantes, numerosas y minuciosas resoluciones y reglamentaciones administrativas.

En nuestro país no se han mantenido en el tiempo políticas regulatorias y macro económicas. Esas políticas deberán respetar y seguir el ordenamiento de las preferencias de la sociedad, no la pseudo inspiración del líder hegemónico de turno y sus ejecutores. Si bien es irracional que sean incoherentes, la invocada coherencia ideológica del relato no garantiza la racionalidad, como lo ha demostrado el caos intervencionista y regulatorio de los años 2008/2014. Es indispensable su aceptación social a través de los mecanismos de representación y participación popular. La inestabilidad institucional y baja credibilidad de las normas internas puede limitar el campo de acción de políticas regulatorias y macroeconómicas. De ahí la necesidad de políticas económicas nacionales y regionales que estén basadas en prioridades y criterios racionalmente adoptados por la sociedad.

Todo esto debiera ser obvio para los gobernantes y los partidos de oposición, pero dista de serlo. Unos y otros parecen negarse empecinadamente a la realización de audiencias públicas en que todos participen, y prefieren enzarzarse en inútiles discusiones indirectas con el gobierno hiperpresidencialista, en lugar del entrecruzado diálogo colectivo de criterios debatidos a la luz de la opinión pública.

2. Fundamento de la intervención estatal

Un conocido autor⁶ explica que la regulación del Estado se fundamenta en tres funciones: 1º) Garantizar la seguridad y los derechos de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto, se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente. (Derechos de propiedad.) La falta de seguridad, junto con la corrupción de los poderes públicos y la proliferación de fuentes impropias de enriquecimiento y beneficios fáciles, basados en actividades ilegales o puramente especulativas, es uno de los obstáculos principales para el desarrollo y para el orden económico. 2º) Ordenar y estimular el correcto ejercicio de los derechos individuales y, en particular, de los derechos económicos. Los derechos no son ilimitados; incluso los derechos fundamentales tienen límites y deben ser ejercidos sin atentar contra los derechos de los demás, sin imposiciones, con igualdad de información, con garantía de veracidad (por ej.: Normas sobre contabilidad y condiciones de contratación) y así, el Estado debe velar para que el mercado sea leal y la competencia entre pares, en condiciones de igualdad (principio de legalidad). 3º) La tercera función y título de intervención es la corrección de desigualdades, la adopción de aquellas disposiciones y medidas que hagan

⁶ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Principios de Derecho Público Económico*, Madrid, Comares, 1999, p. 115.

posible una máxima igualdad de oportunidades contra toda discriminación. (Por razones de sexo, nacimiento, etc.) Por estas funciones estatales se interviene en la economía de mercado y se protege a la sociedad, conforme al autor citado. La pregunta que cabe formularnos en nuestro país, es: ¿Ocurre ello realmente así?

3. *La eterna emergencia económica*

Los argentinos hemos transformado la emergencia económica, que es transitoria y accidental, en una situación permanente de la vida estatal, lo cual perturba y obstaculiza el desarrollo económico y espiritual de nuestra sociedad.⁷

Hemos abandonado una buena parte de la legislación regulatoria por imperio de la ley 23.696 (art. 10) y sus decretos de ejecución.⁸ A su vez, la Constitución de 1994 prohíbe la delegación legislativa⁹ y puso plazo final de vigencia a la antes existente, a los cinco años de la Constitución, en agosto de 1999. El Congreso empeoró el panorama con las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519, que en una mezcla de omnipotencia y debilidad no supo resolver el problema y optó por prorrogar el plazo constitucional hasta el 2010, a pesar de la previsión constitucional que lo disponía para 1999.¹⁰ Un verdadero dislate, por supuesto inconstitucional.¹¹ La cuestión contemporánea argentina es si se continuará

⁷ CRIVELLI, JULIO CÉSAR, y VEGA, SUSANA, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 27; SERRAFERO, MARIO D., *Exceptocracia ¿confín de la democracia?*, Buenos Aires, Lumiere, 2005.

⁸ Ver BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 133 y ss.; nuestro art. “La validez constitucional del decreto 2284/91,” en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, cap. IX, reproducido *infra*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

⁹ Como lo recordó la Corte en *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 (Fallos, 331: 2406, 2008)*, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Control estricto en la delegación legislativa,” *LL*, 2009-A, 161: En el caso *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* se afirma la formalización de una regla estricta en materia de delegación legislativa, a partir del principio de limitación de los poderes y que partiendo de la prohibición, continúa en el siguiente enunciado: “a mayor generalidad e imprecisión en las bases de delegación menor posibilidad de que el decreto delegado sea validado.” En sentido opuesto sostiene CAMPOLIETI que “A menor precisión en la delegación del Congreso, menor será el alcance de la competencia legislativa que podrá ejercer válidamente el Poder Ejecutivo.” (CAMPOLIETI, *op. cit.*, p. 180.)

¹⁰ La ley 26.519, a diferencia de sus antecesoras, dispuso una última prórroga de la legislación delegante hasta el 24-VIII-10, pero sin aprobar la legislación delegada dictada a partir del 24-VIII-06, fecha de la última ratificación por ley 26.135. Además, dispuso la creación de una Comisión Bicameral del Congreso para someter a los Presidentes de cada Cámara un informe con el detalle de las leyes delegantes anteriores a 1994, aún vigentes. Pese a contar con este informe, presentado el 30-VI-10, el Congreso nada decidió. Como afirma FERRARI: “La ratificación genérica que fue, en primera instancia, la técnica adoptada por el legislador para paliar el dilema que creó la disposición transitoria octava, fue reemplazada por una nueva, consistente en la inacción.” (FERRARI, *op. cit.*, p. 1091.)

¹¹ Ver MILJIKER, *op. loc. cit.*; MIRKO, *op. loc. cit.*; NEUMANN, *op. loc. cit.*; CASSANI, DANIEL H., “Delegación legislativa: la caducidad de la legislación delegada preexistente,” *JA*, 2002-III, 14. Los principios hermenéuticos que debieron aplicarse están claros en STARCK, CHRISTIAN, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 66-7, 71. La reserva de ley está consagrada a nivel supranacional. Ver FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 95 y ss.

con esa adicional imposición *administrativa centralizada* de deberes y prohibiciones, regulación emanada sea por delegación legislativa o por construcciones autoritarias que invocan los distintos niveles de la organización administrativa centralizada. El legislador no enfrentó la cuestión, sólo atinó a intentar correr los plazos.¹² La justicia tolera este incumplimiento de la Constitución,¹³ pero es claro que no puede seguir siempre así. Las sucesivas crisis de la economía argentina han conformado un *status* jurídico donde aquello que reviste un carácter extraordinario y temporario se transforma en ordinario. Por lo prolongado de su duración se ha configurado un estado de “emergencia pública económica permanente” dando lugar a múltiples violaciones al ordenamiento legal vigente y a la Constitución nacional en particular, por parte del Estado nacional.¹⁴

4. Antecedentes de los entes reguladores¹⁵

En 1930¹⁶ la política intervencionista argentina dio origen a distintos entes reguladores: La Junta Nacional de Carnes, la Junta Reguladora de Granos, el Instituto Nacional de Vitivinicultura, la Comisión Reguladora de la Yerba Mate, el Instituto Forestal Nacional, el Instituto Argentino para la Promoción del Intercambio, luego el Instituto Cinematográfico Argentino, el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión. También el seguro y la actividad bancaria han sido fuertemente regulados y controlados por entes estatales. Muchos de estos entes reguladores subsistían a comienzos de la década de 1990. En esta época la historia de la regulación económica y de los entes reguladores en particular sufrió un corte abrupto. Con el dictado del dec. 2284/91,¹⁷ se produjo una fuerte desregulación de todas las actividades económicas y se suprimieron, a su vez, buena parte de los entes de regulación que la legislación intervencionista había creado.

A nivel nacional, entre los principales se encuentran actualmente a la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC), la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), la Comisión Nacional Reguladora del Transporte (CNRT), el Órgano de Control de Concesiones Viales (OCCOVI), el Organismo

¹² Por ley 26.896 se prorrogó la emergencia declarada en enero de 2002 por ley 25.561, extendiendo la delegación legislativa hasta el 31-XII-15.

¹³ Aunque la Corte ratificó la caducidad de la delegación legislativa anterior a agosto de 1994 en *Camaronera Patagónica S.A.*, 15-IV-14.

¹⁴ Esa falta de previsibilidad razonable, de tolerable seguridad jurídica, produce la continua huída de capitales, con el consiguiente atraso económico y social. Lo explicamos en “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality,” en GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON y TOM ZWART (editores), *Values in global administrative law*, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), Hart, 2011, pp. 363-372, reproducido *infra*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

¹⁵ Ampliar en Cap. XV del Tomo 1 de la presente obra.

¹⁶ BIANCHI, ALBERTO B., *La Regulación Económica*, Tomo 1, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, p. 205 y ss.

¹⁷ Ratificado por art. 29 de la ley 24.037.

Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA), el Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (ENOHSA), el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), el Ente Regulador de Agua y Saneamiento. (ERAS.)

Según se explicó en el cap. XV del t. 1, en situación similar se encuentran otros entes que por ejercer controles legales especializados deben recibir análogo tratamiento, entre ellos la Inspección General de Justicia, la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Ahora bien, seguimos teniendo el mismo desafío como sociedad desde la creación de los entes reguladores y corresponde preguntarse si podremos pasar en forma integral y no anecdótica al sistema de entes reguladores independientes, integrados por personas designadas mediante procedimientos públicos de concurso de oposición y antecedentes (por órganos imparciales e independientes), que garanticen su idoneidad técnica con prescindencia de su afiliación política, que tengan estabilidad, escalonada para que haya renovación sólo parcial de directores en cada gobierno; sobre todo con imparcialidad e independencia, sin intervención ni ingerencia de la autoridad política de la administración central. Su idoneidad y estabilidad y la audiencia pública previa antes de introducirse cambios al sistema, asegurarán la claridad y previsibilidad de sus decisiones.

El argumento de que los controlados pueden capturar a los controladores, que algunos extienden para oponerse también a la participación de los usuarios en el directorio de estos entes, pierde de vista que por su mayor cercanía a la sociedad están mejor sujetos a control social y deben rendir mayor cuenta de sus actos que los integrantes del Poder Ejecutivo; su propio sistema de designación tiene más garantías objetivas y deben todos rendir más cuentas a la comunidad que un Ministro o Secretario de Estado.

Su inserción en el aparato del Estado como órganos técnicos imparciales e independientes de la administración central importará que no se perseguirán a través de ellos políticas económicas ajenas al objeto de su cometido, ni serán sometidas a los caprichos del gobierno de turno. La política económica estará en manos del Congreso, no de la autoridad central ni de delegaciones a la administración central.¹⁸

5. *¿Regulación vs. desregulación?*

En cada país y época existirá una perpetua oscilación entre desregulación y regulación, etc.¹⁹ Reaemos en las premisas del cap. I del t. 1. El problema es que los

¹⁸ Ver AMBROSINO, MARÍA SILVANA, "Algunas reflexiones en materia presupuestaria: el presupuesto paralelo," *LL*, 2005-E, 1123.

¹⁹ O sea qué regular, cómo y cuándo hacerlo o no, etc. Si la fluctuación es excesiva, se produce el fenómeno a que nos referimos en la nota 14.

excesos que se cometan en un campo se pagan con falencias en el otro, ello es tan inevitable como la ley de gravedad, y por ello debe estarse especialmente atento.²⁰

Es importante destacar que la desregulación no quiere decir que nos encontremos ante la ausencia absoluta de regulación, sino que se trata de un tipo distinto de regulación de la que estamos acostumbrados, se busca que el mercado actúe libremente en el juego natural de la oferta y de la demanda, que haya un retraimiento del Estado en toda la actividad económica privada, limitándose su actuación a aquellos casos en los que se producen las llamadas “fallas de mercado” o cuando se dan situaciones de “ausencia de mercado.” El Estado no puede renunciar a su obligación de fiscalizar los servicios públicos. Siempre se ha discutido cuál debe ser el grado de intervención del Estado en la economía: Desde el obsoleto poder de policía,²¹ pasamos a la discusión del intervencionismo estatal.²²

El discurso social se orienta ahora, con un sentido más neutro, a la regulación y desregulación de servicios privados en competencia, o concedidos por el Estado en monopolio.²³ Se parte del criterio regulatorio, pero en confrontación con la palabra “desregulación,” que invita al debate, en vez de pretender cerrarlo.²⁴ Ese es el espíritu con el cual cabe utilizar la nueva expresión, evitando transformarla en un nuevo *cliché*, en palabras de la CSJN.²⁵

Con ello se sale de las viejas discusiones sobre el “poder de policía,”²⁶ y se entra en una nueva terminología que no evoca preconceptos sino controversia o incluso neutralidad:²⁷ Desregulación o regulación, en su caso qué regulación, a quiénes, dónde, cómo, por quién, etc., lo cual otorga racionalidad a la discusión y dificulta innecesarias y peligrosas generalizaciones.

Nadie propone que el Estado deba siempre regular todo. Luego de un lapso muy corto en que se postuló la libertad total del mercado (bajo el principio de

²⁰ Ver nuestros artículos “Racionalidad, política, economía, derecho,” en *LL*, 28 de diciembre de 2005, p. 1 y “Si las palabras fueran energía eólica...,” *LL*, 2004-C, 1557; reproducido en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, México, UNAM, 2005, pp. 107-112; ambos reproducidos en los caps. VII y VI del t. 7 respectivamente.

²¹ *Supra*, cap. V, “El «poder de policía».”

²² Ya es prehistoria: Nuestros libros *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, EJV, 1981; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, Alianza Para el Progreso y Ediciones Macchi, 1973; *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, OEA, 1967; *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966, reproducido como Libro I del t. 9; *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966. En lo pertinente, estas obras se incluyen en el t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

²³ O también se rescata un término con el cual en Alemania, “superando el arcaísmo [...] del poder de policía, se habla [...] de una administración ordenadora,” como recuerda SUNDFELD, CARLOS ARI, *Direito administrativo ordenador*, San Pablo, Malheiros, 1993, p. 16.

²⁴ Ver BUSTAMANTE, *op. loc. cit.*

²⁵ *Supra*, nota 5.

²⁶ *Supra*, cap. V, “El «poder de policía».”

²⁷ MALARET I GARCÍA, ELISENDA, *Les transformations du système administratif espagnol*, en MIAILLE, *op. cit.*, p. 245 y ss.; MATA, “Una versión sesgada de la regulación,” *RAP*, 256: 101, 104.

“desregulación, desmonopolización, privatización”) se ha afirmado la tesis de una moderada dosis de intervencionismo estatal, hoy discretamente llamado regulación.²⁸ Lo cual significa que no se regula todo ni siempre, sino que caso por caso, época por época, se determina si algo se somete a regulación y en caso afirmativo qué y cómo, por cuánto tiempo, etc.

Tal como veremos en este capítulo, hay materias sumamente diversas que se pueden incluir bajo este rótulo, por lo que hay que tener presente una vez más que no estaremos aquí encontrando un concepto, principio o axioma que permita deducir conclusiones para los casos particulares. En una obra general no se pueden explicar todos los servicios públicos ni todos los derechos y sus limitaciones; o todas las regulaciones.

Es forzoso, pues, contentarse con algunas observaciones y ejemplos que puedan, con optimismo, brindar una visión general de la cuestión. Pero en modo alguno ha de verse aquí un muestrario de reglas generales a aplicar a casos concretos; antes bien y al contrario, intentaremos una vez más demostrar la ausencia de reglas generales en materia regulatoria.

6. Regulación económico-social

Es frecuente leer acerca de la regulación económica y no de regulación social, pero esa dicotomía es proclive a errores. Toda regulación social tiene efectos económicos; toda regulación económica tiene efectos sociales. Que los efectos puedan ser mayores o menores, no hay duda; pero parece imposible postular que no existen.

6.1. Los costos de la regulación²⁹

Lo antedicho se aprecia mejor cuando se advierte que difícilmente exista una decisión regulatoria económica intrascendente: Si se afecta el ambiente para producir energía barata, esto es hoy económicamente conveniente, pero no socialmente; mañana será social y económicamente inconveniente. Si la regulación de tutela del ambiente es excesiva y prohíbe de hecho la actividad económica, ello tendrá ventajas para el ambiente y desventajas en lo inmediato para la economía; y mañana la ecuación será diferente. Sea en términos sociales o económicos, siempre ambas cuestiones interactúan en toda regulación. Si se propone que el aprendizaje, la salud o el seguro social sean gratuitos, ello no es económicamente intrascendente: La pregunta será en tal caso quién lo paga, ya que en la definición va supuesto que quien lo recibe no lo paga totalmente: Deberá hacerlo otro.

²⁸ El fenómeno tiene así algún parentesco con lo que se ha dado en llamar “huida y recuperación” del derecho administrativo, p. ej. en BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la administración pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo,” en AA.VV., *Las formas de la actividad administrativa*, Caracas, FUNEDA, 1996, p. 23 y ss.

²⁹ Ver y comp. BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 40 y ss.

6.2. *La eficiencia de la regulación*

Si se determina que una actividad económica cumpla tales o cuales requisitos adicionales, ello importará un mayor costo del producto y un mayor precio de venta a los consumidores: La decisión regulatoria podrá ser adecuada o no, pero en cualquier caso no es económicamente intrascendente, ni tampoco socialmente. La regulación no puede ser calificada en abstracto de buena ni mala: Lo que importa es *en cada caso concreto* su grado de eficiencia puntual, su equilibrio entre lo que obtiene de bueno para la sociedad y lo que a ella cuesta en el caso. (Al productor, al presupuesto estatal, al consumidor y al contribuyente.) En otras palabras, cuán sensata y razonable es, cuán eficiente empleo de recursos constituye en cada situación particular de tiempo y lugar.

7. *Una vieja alternativa: La participación, concertación y el control social*

Ante las deficiencias de regulación y control que se han venido observando a lo largo de estos años, es necesario que los distintos grupos de representación sectorial —aún teniendo intereses diversos—, a través de la participación y concertación social, diriman en el ámbito público acuerdos socio-económicos con el objeto de defender esos intereses que a su vez sean comunes con los de toda la sociedad. Se impone una innovación institucional y política hoy más que nunca cuando nos encontramos sufriendo los efectos de gruesos yerros internos contra la racionalidad económica. Se necesitan proyectos sociales diseñados por los propios actores que hasta hoy no tienen posibilidad de manifestarse en una mesa de negociación real con el gobierno. Gracias a la implementación de mecanismos de concertación se puede obtener una redistribución del poder y contrabalancear el poder económico y político, que a pesar de ser motivo de lucha desde siempre, aún sigue concentrado en la administración central. Hemos visto que todas aquellas asociaciones dependientes del Estado que pertenecen y/o responden al aparato estatal han fracasado en la Argentina.

En el portal del INDEC se leía en 2009: “No se deje engañar por la supuesta independencia de consultoras privadas que representan intereses particulares. El INDEC es el organismo que le ofrece los informes más objetivos con que se cuenta, y los únicos que tienen validez legal.” Pero todos sabemos que se ha distorsionado la información oficial y que hoy no goza de la credibilidad que antes tenía. Es fundamental para la economía contar con datos precisos y seguros para lograr la eficiencia. La falta de credibilidad afecta desde el desarrollo económico logrado por inversiones, proyecciones de la industria, del comercio, hasta las negociaciones diarias discutiendo pagos futuros, las tasas de interés, actualización de alquileres, negociaciones salariales, etc. La intervención del gobierno en el INDEC es el síntoma de decadencia institucional y económica que estamos sufriendo hoy los argentinos. Debería ser una autoridad administrativa independiente.

Por ello es necesaria la concertación social por grupos representativos de los distintos sectores de la sociedad (organizaciones profesionales, empresariales, las universidades, movimientos cooperativos, representantes de los jubilados, sindicatos, uniones vecinales y otras organizaciones no gubernamentales) se organicen para ejercer el control y participar en la regulación económica y social.

8. *Auto y heteroregulación*

Hay también una posible contradicción que todos procuran superar, pero que constituye algo tan inasible como el equilibrio entre autoridad y libertad. Se postula hoy en el mundo³⁰ que la libertad de mercado constituye el mejor regulador en materia de calidad y precios al consumidor: El productor ineficiente por mala calidad o alto precio se sale del mercado y es castigado por éste con la declinación de sus ventas y finalmente la falencia o desaparición; es una autoregulación. Ello constituye la antítesis de la solución planificadora en la cual el Estado era el que determinaba qué producir, bajo qué parámetros, con qué precios, etc. Hoy se postula —en el mundo; no, al parecer, en nuestro país— que el mercado libre se autoregula en materia de calidad y precio, satisfaciendo al mayor número de consumidores al menor precio posible.

En la teoría económica actual, el Estado no tiene por qué intervenir en materia de qué producir, ni a qué precio hacerlo, o en qué cantidades, ni quiénes deben o pueden producir. Pero ninguna autoridad administrativa argentina va a considerar que puede dejar al mercado que funcione sin intervención suya. A veces el mercado se autorregula en cuestiones no económicas, como es el caso de la autoregulación de calificación de películas en los EE.UU., hecha para evitar la intervención estatal. Otras veces se postula la ausencia de regulación previa, como es el caso de la libertad de prensa en que la censura previa es anatema y sólo existen responsabilidades ulteriores.

Resultará obvio, por otra parte, que hay cosas que no pueden dejarse al mercado: El Estado debe resolver qué medicamentos autorizar o no a la venta y en su caso con qué restricciones; qué medidas de seguridad debe imponer en tutela de los trabajadores y usuarios; qué tipo de responsabilidades especiales requiere la cadena de producción y consumo y así sucesivamente. En este tipo de discusión ya no será suficiente con encontrar la solución justa ni que encuadre en la dogmática jurídica: Será inevitable el análisis por la jurisprudencia de intereses.³¹

³⁰ Pero no, por el momento, en la Argentina, que parece haber resuelto bajarse del *carroussel* y desandar el camino del comercio internacional, si uno atiende a algunos gestos y actos gubernamentales. Se está comenzando a retomar el sendero, pero muy lentamente y sin convicción alguna.

³¹ Ver el cap. I del t. 1, “El método en derecho,” *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, reimpresión 2001, como libro I del t. 6, 2ª ed., Buenos Aires, FDA, 2012; *Introducción al Derecho*, publicado como *e-book* en www.gordillo.com; también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003. Ver mis glosas en el libro de NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

En cada caso deberá evaluarse el costo y el efecto social conseguido, para saber si se ha logrado un equilibrio regulatorio mejor que el equilibrio del mercado.

Como en todas las cuestiones, la sociedad se inclinará seguramente por intentar lograr alguna suerte de término medio, en la búsqueda constante de un equilibrio que por definición es dinámico. Si la regulación implica la sujeción por parte de las distintas actividades a las reglas, deberá analizarse si a través de la regulación se obtienen beneficios y mejoras en el funcionamiento del sistema; a través de la comparación de los beneficios obtenidos con los costos que la nueva regulación puede imponer se determinará en definitiva si la regulación es adecuada o ineficaz.

Como alternativa de regulación no compulsiva está la autorregulación, a través de la cual una organización representativa establece un sistema de reglas a las que los adherentes deberán someterse al régimen normativo y sancionatorio en caso de incumplimiento.

Si la autorregulación resulta más eficaz que la regulación pública estatal directa, como ocurre en EE.UU. con la industria cinematográfica, *no puede discutirse en abstracto*: Sólo se trata de encontrar el equilibrio adecuado en el caso concreto.

Incorporamos este tema dentro de la sección III, “La lesión de los derechos:” puede serlo tanto de los prestadores regulados como de los usuarios, consumidores y administrados que se relacionan con los prestadores regulados. La regulación de una tarifa de servicio público o peaje,³² p. ej., puede resultar en perjuicio de quien la paga y en ingente beneficio del que recibe la regulación de la tarifa: Es paradigmático el caso telefónico a fines del pasado siglo XX.

La regulación de la calidad y normas del servicio que debe prestarse puede ser también utilizada como un instrumento de extorsión al regulado, al imponérsele normas de difícil o imposible cumplimiento; no hay que pecar de inocencia en esto. También puede ocurrir que la regulación proteja los derechos de usuarios y consumidores (la parte más débil de la ecuación real de poder) y limite los derechos de prestadores de servicios públicos o actividades económicas y sociales.

Ninguna postulación puede generalizarse. Es en cada caso y en cada regulación que podrá determinarse si era mejor la libertad o es mejor tal o cual intervención reguladora. En realidad todo puede ocurrir, pero salvo las normas de algunas autoridades regulatorias cuasi independientes (ENRE, ENARGAS, ERAS) la regulación de los servicios públicos que dicta la administración a veces favorece más al servicio mismo en cabeza de sus prestadores, que los intereses —al menos inmediatos— de los usuarios y consumidores.

En las actividades en competencia es frecuente que la administración cree madejas burocráticas aptas para muchas cosas pero no para tutelar al usuario

³² Ver § 15.2 de este cap., “Tarifas de servicios públicos, planes de obras e inversiones, etc.”

ni la competencia: Incluso es posible que sus requerimientos aumenten los costos del oferente y por ende los precios al consumidor final, sin un beneficio público proporcional. Hay regulaciones monopólicas en un mercado libre.³³

Pareciera así que se da lo peor de los dos mundos: Se regula de menos donde hay monopolio, se regula de más donde hay libre competencia. (Y a veces se regula a favor del monopolio y en contra de la libre competencia.) Esta irracionalidad puede tener su explicación en los mecanismos paralelos de la administración,³⁴ en la “racionalidad irracional” de la burocracia³⁵ y la justicia es remisa a adentrarse en tales vericuetos administrativos.³⁶

El desiderátum es lograr un equilibrio entre los derechos e intereses contrapuestos de prestadores y usuarios, consumidores y administrados.

De todas maneras, si la regulación resulta excesiva por detallista, entramos en el campo de la irrazonabilidad; también en el caldo de cultivo para la corrupción, que deteriora la confianza pública y la credibilidad en el sistema.³⁷ Es algo en lo que hay que mantener la eterna vigilancia que postula LORD DENNING y enseña toda la historia.

9. Los umbrales regulatorios actuales

Con las salvedades que anteceden y sin olvidar las normas del derecho privado,³⁸ parece haber un umbral regulatorio en las siguientes materias:

9.1. Defensa del usuario y consumidor, de la competencia, lealtad comercial³⁹

La primera pieza clave de carácter genérico es la ley 24.240 de defensa del usuario⁴⁰ y del consumidor,⁴¹ que puede considerarse reglamentaria del art. 42 de la Constitución, aunque lo preceda por un corto lapso. La Constitución, a su vez,

³³ Res. SE 227/98, B.O. del 22-VI-98, p. 18.

³⁴ Ampliar en nuestro libro *La administración paralela*, 2ª ed. como libro II del t. 6, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2012; MAIRAL, HÉCTOR AQUILES, *Las raíces legales de la corrupción*, Buenos Aires, Rap, 2008.

³⁵ *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo.”

³⁶ *Infra*, caps. XIII a XV.

³⁷ Tema que hemos tratado en *La administración paralela, op. cit.*

³⁸ ZANNONI, EDUARDO, *Responsabilidad por productos elaborados*, Buenos Aires, Astrea, 1984; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Buenos Aires, Ediar, 1987.

³⁹ MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, RICARDO L., *Defensa del consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993; STIGLITZ, GABRIEL A., *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1990; STIGLITZ y otros, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, La Rocca, 1994; GHERSI, CARLOS ALBERTO y WEINGARTEN, CELIA (dirs.), *Defensa del Consumidor*, Rosario, Nova Tesis, 2005. Es fundamental la divulgación del sistema: CAPLAN, ARIEL R. y SHEIBLER, GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Ciudadanía activa*, Buenos Aires, Asoc. Civ. Sánchez Viamonte, 2005.

⁴⁰ Ley 24.240 y sus modificatorias 24.787 y 24.999.

⁴¹ El art. 8º del dec. 229/2000, por el cual se aprueba el Programa Carta Compromiso con el Ciudadano, agrega: “Los Entes Reguladores de servicios públicos concesionados o prestados por terceros, podrán acordar con las prestadoras la adhesión de las mismas al Programa.”

amplía el criterio directriz de dicho marco regulatorio legal en la tutela de los derechos de usuarios y consumidores.

La parte medular de la ley 24.240 es la existencia de una acción de clase (arts. 52 y 53)⁴² y una presunción de orden público (art. 65) a favor del usuario o consumidor (art. 3°).⁴³ Ese tipo de acción colectiva ha sido ampliamente reconocido por la CSJN *in re Halabi* del año 2009, *PADEC* del 2013 y *Unión de Usuarios y Consumidores* del 2014.

Se trata de un nuevo orden jurídico que está en constante crecimiento y se perfila como una nueva materia especial del derecho administrativo o del derecho público en general; aunque muchos lo enfocan desde el ángulo del derecho civil. Se complementa con medidas como la prohibición de publicidad engañosa,⁴⁴ exigiendo las necesarias advertencias al consumidor⁴⁵ y consiguiente responsabilidad en caso de engaño; información fidedigna sobre garantías,⁴⁶ p. ej., responsabilizando a la matriz de una filial local que, habiendo remitido ganancias a la matriz, pretenda insolventarse localmente, como ocurriera en el 2002; prohibiendo cláusulas abusivas,⁴⁷ estableciendo responsabilidades solidarias,⁴⁸ etc.

Cabe agregar la defensa de la competencia⁴⁹ y la lealtad comercial,⁵⁰ la prohibición del abuso de posición dominante en el mercado, con efecto distorsivo para

⁴² Ver FERRAZ, SÉRGIO, *Mandado de segurança (individual e coletivo.) Aspectos polêmicos*, San Pablo, Malheiros, 1996, 3ª ed., pp. 41-50; BIANCHI, “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala,” *RAP*, 235: 11; *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE, *Justicia constitucional y administrativa*, San José, IJSA, 1999, 2ª ed., pp. 211-44.

⁴³ Coincide hasta aquí SALOMONI, *op. cit.*, p. 406.

⁴⁴ DL 19.982/72; art. 9° del DL 22.802/83 de lealtad comercial e identificación de mercaderías; CP, art. 159. Las ofertas “hasta agotar stock” o “con stock limitado” deben indicar el *stock* para hacer frente a la demanda: Sala IV, *Modart*, CARATTINI, *op. loc. cit.*

⁴⁵ MOSSET ITURRASPE, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1977; LORENZETTI, “El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas,” *LL*, 1990-B, 996; CNFed. CA, Sala V, *Wassington*, CARATTINI, *op. cit.*; art. 4°, ley 24.240. A ello cabe agregar la exigencia de información veraz, clara y concreta, que impone el art. 4°, en línea con los derechos de información consagrados en el art. 42, CN, para los usuarios.

⁴⁶ CNFed. CA, Sala V, *Saponara*, 25-VI-97; Sala II, *Capesa*, 18-XII-97; en CARATTINI, *op. loc. cit.* Debería hoy incluirse el sometimiento al tribunal arbitral previsto en la ley 24.240. Ver SANTARELLI, FULVIO GERMÁN, “El sistema nacional de arbitraje de consumo,” *LL*, 1998-D, 1115.

⁴⁷ Son las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario: Sala II, *Medicus*, 8-X-97; CARATTINI, *op. loc. cit.*

⁴⁸ Así la ley 24.999, que modifica la 24.240.

⁴⁹ Ley 25.156, antes era el DL 22.262/80. Ver CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 1983. “Las autoridades [ergo, los tres poderes] proveerán [...] a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales” (art. 42.) “Los consumidores y usuarios [...] tienen derecho [...] a la libertad de elección.”

⁵⁰ Regida por el DL 22.802/83 y las leyes 24.240, 24.344, 24.999. Lo aplica la Secretaría de Comercio, art. 11. Ver CNFed. CA, Sala V, *Wassington*, cons. IV, reseñada en CARATTINI, *op. cit.*, p. 127. Estos regímenes con sus diferentes autoridades de aplicación y vías recursivas, pueden dar lugar a conflictos, como destaca GUAJARDO, *op. cit.*, p. 240 y ss.

éste,⁵¹ la abstención de prácticas corruptas en la competencia tanto nacional como internacional,⁵² la prohibición del *dumping*,⁵³ control de pesas y medidas,⁵⁴ etc. Este “umbral” regulatorio, con todo, proviene en buena medida de delegación legislativa, la que venció en 1999 y fue sucesivamente prorrogada (!) hasta el año 2010. Todo por leyes inconstitucionales con anuencia opositora.

9.2. *Tutela del medio ambiente y la salud*

La Constitución impone la tutela del derecho a un medio ambiente sano,⁵⁵ en términos categóricos.⁵⁶ Ese principio constitucional se concreta en toda la legislación por la que se controla la salud pública en general,⁵⁷ los residuos domiciliarios⁵⁸ y peligrosos,⁵⁹ los medicamentos⁶⁰ y demás drogas y alimentos,⁶¹ incluso con normas específicas sobre medicación en la práctica deportiva;⁶² regulación de la pesca,⁶³ sanidad animal,⁶⁴ lucha contra la garrapata,⁶⁵ sanidad vegetal,⁶⁶

⁵¹ Así p. ej., se castiga la venta al exterior a más bajo precio, para producir faltante en el mercado local y consiguiente mayor precio en éste: CSJN, *Y.P.F. S.A.*, *LL*, 16-VII-02.

⁵² Tema que tratamos en “Un corte transversal al derecho administrativo: La Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091. El soborno transnacional esta penado por el art. 237 *bis* del C.P., en que el juez argentino tiene jurisdicción internacional.

⁵³ O sea, venta por debajo del costo. Esta prohibición es interna e internacional, pero tanto Europa como EE.UU. subsidian fuertemente su producción agrícola y vuelcan los excedentes en el mercado internacional, en perjuicio de los países agrícolas o ganaderos emergentes.

⁵⁴ Decreto-ley 19.511/72.

⁵⁵ Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. III, § 15, “El derecho a un ambiente sano;” LORENZETTI, RICARDO LUIS, “La protección jurídica del ambiente,” *LL*, 1997-E, 1463; MARTÍN MATEO, *Derecho ambiental*, Madrid, IEAL, 1997; O’LEARY, ROSEMARY, *Environmental Change. Federal Courts and the EPA*, Filadelfia, Temple University Press, 1993; LORENZETTI, *Teoría del Derecho Ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 2008 y LORENZETTI (dir.), *Derecho Ambiental y Daño*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

⁵⁶ Art. 41 y su ley reglamentaria 25.675, aprobada como Ley General del Ambiente.

⁵⁷ Por ej. en la ley 25.673 de salud reproductiva, B.O. 26-V-2003. También en la ley 23.798 sobre el SIDA: *supra*, cap. I, notas 102 y 103. Hay conflicto con la privacidad: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “El sida en la jurisprudencia,” *LL Buenos Aires*, 1999 y sus referencias a notas a fallos, entre otros, *LL*, 1997-D, 253, año 1996; *DT*, 1997-B, 1779; *JA*, 1997-IV, 329, año 1996; *ED*, 160: 326; *LL Buenos Aires*, 1996-949, etc.

⁵⁸ Ley 25.916 del año 2004.

⁵⁹ Ley 24.051 del año 1991.

⁶⁰ Lo que incluye la primera distinción con medicamentos naturistas y drogas de venta libre.

⁶¹ El régimen parte del decreto-ley 18.284/69, cuya autoridad de aplicación es la A.N.M.A.T., Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. Ampliar en GUAJARDO, *op. loc. cit.* Se distingue entre drogas “lícitas” (“recreativas,” como el alcohol y el tabaco, utilitarias como las farmacéuticas y químicas) y las “ilícitas,” según CABALLERO, FRANCIS, *Droit de la drogue*, París, Dalloz, 1989.

⁶² Ley 26.912 del año 2013.

⁶³ Ley 24.922. Ver CARRILLO, SANTIAGO R., “El interés (del) público en el régimen federal de pesca,” *RPA*, 2006-1: 77.

⁶⁴ Ley de policía sanitaria de los animales 3.959.

⁶⁵ Ley 12.566, en que interviene la Dirección Nacional de Sanidad Animal del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria.

⁶⁶ Y productos fitosanitarios en general, a cargo del Instituto Argentino de Sanidad y Calidad Vegetal y del Servicio Nacional de Sanidad Animal, SENASA. Antes se creó una Comisión Nacional

hidrocarburos,⁶⁷ actividad nuclear,⁶⁸ vitivinicultura,⁶⁹ electricidad,⁷⁰ gas,⁷¹ etc. Existe una importante cantidad de tratados con el mismo objetivo.

9.3. Defensa de la privacidad y confidencialidad

Es fundamental la defensa de la privacidad contra los bancos de datos que contempla el art. 43 de la Constitución en el *hábeas data*.⁷² Entre los derechos vulnerados se encuentra el secreto bancario,⁷³ a veces violado por organizaciones destinadas a dar informes comerciales; a la inversa, el secreto bancario no puede oponerse para brindar información sobre presuntos actos de corrupción, a tenor del art. XVI de la CICC, ni tampoco frente a los requerimientos de la Comisión Nacional de Valores, el Banco Central de la República Argentina, la Superintendencia de Seguros de la Nación y la Unidad de Información Financiera.⁷⁴ La UIF ha ido ganando creciente poder en las regulaciones internacionales y redes gubernamentales a las que pertenecemos en materia de la prevención de distintos delitos tales como el lavado de dinero.

Este problema de la privacidad de la persona física aparece a veces vinculado al conflicto entre los derechos de patentes de invención conforme a la ley 24.481 (marcas) y la ley 24.766 de confidencialidad en materia farmacéutica. El secreto bancario e impositivo juega un rol dual. En el caso anterior es la privacidad e intimidad de la persona física, en éste se trata de la confidencialidad o secreto comercial de personas que por lo general son jurídicas. En el primer supuesto se protege la intimidad, en éste la propiedad frente al derecho público a la información. A las personas físicas se les enfrenta algo más poderoso, el alcance que la justicia otorgue a la libertad de prensa.⁷⁵

9.4. Otras regulaciones

Otras regulaciones que se ejercen en virtud de delegación legislativa y que enfrentaron el mismo problema en 1999, quedando prorrogadas hasta agosto de 2010 (ley 26.519), son la Inspección General de Justicia, decreto-ley 22.315/80; el IERIC, Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción,

de Semillas por el dec. ley 20.247/73, también con facultades reglamentarias. Por ley 25.218 se ha aprobado la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, B.O. 4-I-2000.

⁶⁷ DE SIMONE, ORLANDO, "Los hidrocarburos y el medio ambiente. Los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional," LL, 1998-C, 1288; leyes 23.966 y 24.698.

⁶⁸ Ley 24.804, que crea la Autoridad Regulatoria Nuclear.

⁶⁹ Decreto-ley 14.878/59, ley 24.566 y 25.163. Ver también *infra*, nota 81.

⁷⁰ Ley 24.065, art. 56, inc. k).

⁷¹ Ley 24.076, arts. 2, inc. f) y 52, inc. m).

⁷² Ver *supra*, cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.5, "El caso de los bancos de datos y la privacidad."

⁷³ Art. 39, dec. ley 21.526/77.

⁷⁴ Art. 27, ley 26.831 de mercado de capitales.

⁷⁵ Ver nota precedente.

decreto-ley 22.250/80; el AFSCA, Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, ley 26.522; la CNV, Comisión Nacional de Valores;⁷⁶ las múltiples delegaciones en materia de trabajo, p. ej. la ley 24.557; hay muchas más.⁷⁷

Hay regulaciones que invocan sólo la ley de ministerios,⁷⁸ o la ley de presupuesto,⁷⁹ algunas llegan al extremo de invocar entre sus fundamentos alguna ley que no tiene delegación de ninguna naturaleza que habilite a ese órgano administrativo a asumir la competencia que está pretendiendo ejercer imponiendo deberes u obligaciones sobre los particulares.

Existen casos extremos, paralelos al anteriormente mencionado, en que ni siquiera se invoca la norma legislativa atributiva de competencia.⁸⁰ En estos casos el problema es mayor, es la total inexistencia de atribución alguna de la administración para dictar normas regulatorias de la actividad privada.

Estamos tan acostumbrados que va a costar un verdadero esfuerzo colectivo abandonar la droga de las regulaciones a la actividad privada hechas no por ley o por autoridad regulatoria independiente, sino por el puro capricho de una autoridad intermedia y política de la administración central, actuando bajo las directivas de un poder político a veces oculto, a veces perfectamente visible que se autoinstituye en gobierno paralelo. Ya parece haber perdido toda importancia si existe o no ley habilitante: Existe *norma* administrativa y está publicada, o incluso se ha comunicado informalmente, sin membrete ni firma, o también *in voce* a los interesados, que sólo lo cuentan a periodistas en *off the record*, pero que carecen de autonomía suficiente como para plantarse frente al poder de tales autoridades pues encuentran, en cambio, que pueden negociar aceptables márgenes

⁷⁶ Leyes 26.831 y 24.083 y 24.411. Ver también, en el derecho comparado, MALARET I GARCÍA, “La Comisión Nacional de Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional),” *REDA*, 76: 557, Madrid, 1992.

⁷⁷ Hay delegaciones legislativas que no recaen en el Ejecutivo, como el caso de la ley 23.853 de autarquía del Poder Judicial, como lo señala LAPLACETTE, CARLOS JOSÉ, “La Corte Suprema como sujeto pasivo de la delegación legislativa,” *LL*, 2010-B, 1199. Según el autor, el art. 8° de dicha ley, al facultar a la Corte para establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, resulta “una verdadera delegación de atribuciones que son estrictamente legislativas, y que se halla prohibida, entre otros, por el art. 76 de la Constitución Nacional.” Sin embargo, pensamos que lo prohibido es la delegación a órganos administrativos dependientes, no a autoridades independientes, sean judiciales o administrativas.

⁷⁸ Res. MSyAS 538/98, que crea en la ANMAT el Registro Nacional de Establecimientos Distribuidores de Especialidades Medicinales.

⁷⁹ Se utiliza la delegación legislativa para reasignar partidas presupuestarias, así como se le delegan amplias facultades al jefe de gabinete en materia presupuestaria. Un análisis crítico puede verse en AMBROSINO, MARÍA SILVANA, “Algunas reflexiones en materia presupuestaria: el presupuesto paralelo,” *op. loc. cit.*

⁸⁰ Ver p. ej. la Res. SAGPA 431/98, 405/98: que aprueba un anexo —que no se publica— en el cual se regulan al parecer múltiples cosas y se faculta al SENASA a modificarlo: ¿Qué norma legal facultó a la Secretaría, además de los decretos del Poder Ejecutivo que menciona en los considerandos? Del mismo modo la Secretaría de Recursos Naturales dicta sus actos en materia de residuos peligrosos fundándolos, no en la ley de residuos peligrosos que existe, sino en los decretos que le atribuyen competencia: Res. 528/98.

nes de libertad económica en otros aspectos, o la perspectiva de pingües negocios con el capitalismo de amigos. Que esto no es el Estado de Derecho ni el *rule of Law* lo apreciamos todos. ¿Quién puede entonces sorprenderse de la constante huída de capitales nacionales e internacionales hacia otros lugares donde exista mayor seguridad jurídica, mayor previsibilidad, Estado de Derecho en suma?

9.5. *La regulación de origen internacional*

Es creciente la regulación internacional.⁸¹ Allí no existen los otros problemas que acabamos de exponer,⁸² salvo la resistencia del país a cumplirla,⁸³ consecuencia de la primigenia renuencia a suscribirla.⁸⁴ La CSJN ha reconocido la plena vigencia interna incluso de las normas de segundo grado nacidas de la ejecución de los tratados: *Cafés La Virginia*,⁸⁵ *Dotti*.⁸⁶ Hoy el entramado de relaciones internacionales es más complejo y el análisis de nuestras medidas económicas y políticas no pueden ser descontextualizadas del mundo global en el que se adoptaron; la regulación local debe ser acorde a las normas regulatorias internacionales.⁸⁷

10. *La actual política legislativa general*

El punto de partida es la ley 23.696, con el principio de desmonopolización y desregulación para la privatización, que normas posteriores ampliaron⁸⁸ y hoy

⁸¹ Así la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención sobre Soborno Transnacional; Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (ley 24.425; GUAJARDO, *op. cit.*, p. 97); Tratado del Río de La Plata y su Frente Marítimo, a cargo de la Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo.

⁸² La tendencia es progresiva: MACRORY, RICHARD y HOLLINS, STEVE, *A Source Book of European Community Environmental Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995; BARDONNET, DANIEL y VIRALLY, MICHEL, *Le nouveau droit international de la mer*, París, Pedone, 1983. El acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (ley 24.425), incluye la propiedad “intelectual” para bebidas de “Denominación de Origen Controlada,” arts. 22, 23 y 24, ley 25.163, arts. 36 y 50, D.L. 14.878/59, ley 24.566, D.N.U. 2284/91, etc., instrumentados por el INV a través de la res. C. 23/99.

⁸³ Así la ley de patentes y derechos de invención 24.481, la ley de confidencialidad 24.766 y el Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el comercio, parte III sección IV del Acuerdo TRIP's-GATT.

⁸⁴ Así en materia de derechos de autor suscribimos en 1971 el Acta de París, al que se adhirieron 140 países, antes que nosotros lo ratificáramos por ley 25.140 (1990), junto a otros tratados internacionales en la materia. Ver VILLALBA, CARLOS A., “Ratificación de varios tratados. Derecho de autor y derechos de los intérpretes y los productores de fonogramas,” *LL*, 1999-F, 1168; EMERY, MIGUEL ÁNGEL, “Los nuevos tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas,” *ED*, 186: 1186.

⁸⁵ *LL*, 1995-D, 277. Ver nuestro art. “La creciente internacionalización del derecho y sus efectos,” en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 1, p. 31 y ss.

⁸⁶ *Fallos*, 321-2: 1226 (1998), *DJ*, 1998-3, 233.

⁸⁷ STIGLITZ, JOSEPH E., *El malestar en la globalización*, Taurus, 2002, p. 37. La globalización es “La integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación y el dismantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y personas a través de las fronteras.”

⁸⁸ Ver nuestro art. “La validez constitucional del decreto 2284/91,” en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, 2ª ed., 1998, cap. IX.

constituye el principio jurídico general, aunque con excepciones flagrantes. La época del intervencionismo estatal, que la jurisprudencia admitiera en otra concepción legislativa y constitucional,⁸⁹ pareció llegar a su fin y armonizarse con el espíritu y el texto originario de la Constitución de 1853/60 con la reforma de 1994. Como dijo en aquellos tiempos la CSJN,⁹⁰ “Este y no otro es el sentido de, p. ej., los arts. 10 y 61 de la ley 23.696, de especial importancia para el caso de autos. Allí el legislador no delegó competencia alguna. Por el contrario, la ejerció con energía, decidiendo la «exclusión de todos los privilegios [...] incluso cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio» (art. 10) y la eliminación, entre otras formas de actuación, de órganos y entes (art. 61) —se entiende que obstaculicen el cumplimiento de las políticas de la ley— dejando, en todos los supuestos, la «lista circunstanciada» de los privilegios y entes a eliminar, es decir que el Ejecutivo determine la aplicación concreta, al caso concreto y particularizado, de la estricta decisión legislativa y de su política, definida también en el programa de gobierno establecido en aquella y otras leyes.” (Cons. 13.)⁹¹

Al ocurrir la profundización de la nueva crisis en los años 2001-2 los gobiernos que rápidamente se sucedieron en ese período dictaron una serie casi espasmódica de leyes, reglamentos y resoluciones o vías de hecho de la administración signadas por el mito de la necesidad y urgencia, todas dotadas de un muy alto contenido intervencionista,⁹² que con motivo de una real emergencia económica,⁹³ incurrieron en frecuente irrazonabilidad⁹⁴ y además contrariaron la política legis-

⁸⁹ *Infra*, t. 7, cap. VIII, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio,” sección I, “Los hechos, a comienzos del siglo XXI.”

⁹⁰ *Cocchia, LL*, 1994-B, 643 (1993), al que se le otorga trascendencia docente: BARRA, “Reglamentos administrativos,” *LL*, 1999-F, 1034.

⁹¹ Lo explicamos, antes del fallo, en “La validez constitucional del decreto 2284/91,” *op. cit.*

⁹² Ley 25.561, ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario; ley 25.557, sobre excepciones al retiro de dinero efectivo del sistema bancario; decs. 1570/01, 1606/01, 214/02, 260/02, 264/02, 320/02, 348/02, 377/02, 410/02, etc.

⁹³ Ver nuestro art. “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64.

⁹⁴ Dichas normas, en efecto, han pecado de falta de proporcionalidad, falta de adecuación de medio a fin, autocontradicción, desviación de poder, etc. Ver, entre otros, GELLI, “El caso «Smith» (o la razonabilidad cuestionada),” *LL*, 2002-B, 790; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “«Smith», o el final del «sistema» jurídico de la emergencia,” en *Depósitos bancarios. Restricciones, II*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 3-10 y sus referencias; ALLONA, CECILIA MARÍA, “El fallo «Smith»,” *LL*, 2002-C, 1238; “El control judicial de razonabilidad en época de emergencia,” en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, § 4 a 8, pp. 100-12. Dado que poco antes se dictó la ley 25.466 que reforzaba la intangibilidad de los depósitos bancarios y que la reforma benefició en más de veinte mil millones de dólares a los grandes deudores internos en detrimento de los ahorristas e inversores, hay quienes entienden que ha existido desviación del poder y un verdadero ardid o engaño a la sociedad, susceptible de ser analizado a la luz de las normas nacionales e internacionales contra la corrupción.

lativa general, que no era sino una aplicación del nuevo orden jurídico mundial.⁹⁵ Afirma LORENZETTI que “la emergencia es una excepción a la regla, es una excusa que permite apartarse de lo normal porque ha ocurrido algo anormal, fuera de lo común.”⁹⁶ Es evidente que la Corte Suprema de Justicia avaló restricciones emergentes de la legislación de excepción que no debían permitirse.⁹⁷ Empero, no impidió que hubieran “ganadores” con la crisis, que pudieron transferir divisas al exterior y licuar sus pasivos con la pesificación asimétrica. (Decs. 214/02 y 905/02.)

La aparición de esta edición en 2014 coincide con la ruptura de la nueva burbuja ilusoria. Falta ver su desarrollo y consecuencias.

11. *El inexistente equilibrio*

Resulta así que tenemos un umbral regulatorio mínimo exigido por la Constitución y un número importante de leyes y un opuesto principio general desregulatorio, también proveniente de la Constitución e introducido por la legislación de la reforma del Estado. Pero la multiplicación en los últimos años de regulaciones excesivas y/o inconstitucionales ha generado notable riesgo jurídico, con directo impacto económico adverso en la caída de la producción, la pérdida de mercados internacionales, el creciente deterioro social, etc. El gran desafío contemporáneo es encontrar un equilibrio que supere el umbral sin llegar al extremo reglamentarista. Digámoslo una vez más, el umbral no se ha cubierto y a la vez el límite se ha excedido siempre,⁹⁸ aunque tiene un fundamental valladar en la reforma de 1994. Del umbral ya nos hemos ocupado,⁹⁹ aquí veremos algo más del límite. Señalamos cómo la tendencia de la administración es a regular con exceso, con detallismo inútil y peligroso por su emparentamiento con la corrupción.¹⁰⁰ Es

⁹⁵ Sobre la tendencia de ese orden y la posibilidad de que América Latina se inserte en él, ver nuestro *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003.

⁹⁶ LORENZETTI, RICARDO L. “La emergencia económica y los contratos,” Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 56.

⁹⁷ CRIVELLI, JULIO CÉSAR y VEGA, SUSANA, “La emergencia económica permanente,” *op.cit.*, p. 39. “La emergencia económica como dato de la realidad no ha sido falsa en el período 1983-1995 y sin embargo ello no justifica en absoluto las prácticas confiscatorias que se han seguido para conjurar tal emergencia, ensañándose con ahorristas, jubilados, proveedores, contratistas y acreedores del estado en general, como si por algún pecado original ellos hubiesen sido quienes tenían que aportar los fondos y hacer sacrificios para equilibrar el déficit fiscal.”

⁹⁸ P. ej. ante la irrupción de remates por Internet, se ha intentado aquí frenarla con legislación. Así la ley 25.028, que procura reforzar el monopolio de la ocupación u oficio de rematador, a contramano de la tendencia desreguladora y desmonopolizada.

⁹⁹ Principalmente en los caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y IV, “El interés legítimo.”

¹⁰⁰ *Supra*, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo” del t. 1. Ver BOTASSI, “El derecho frente a la corrupción política,” JA, 2002-I, 1029; nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” LL, 1997-E, 1091; MAIRAL, HÉCTOR A., Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla, RPA, 1^a ed., Buenos Aires, RAP, 2007; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “El derecho administrativo ¿es fuente de corrupción?,” en AA.VV, Cuestiones de acto

pues un tema de importancia práctica para un país que comienza el siglo XXI como terminó el XX: Endeudado, sin recursos, siempre tratando de pedir más créditos,¹⁰¹ o apropiándose de la propiedad privada aún restante en el territorio nacional.

11.1 *Consecuencias económicas*

Los cambios abruptos de las políticas económicas llevadas a cabo desde que renació la democracia nos condenan a la emergencia económica continua. Pasamos de la regulación a la desregulación y de la desregulación a la regulación, espasmódicamente.¹⁰² Hoy de la privatización a la nacionalización de algunas empresas. En el camino se ha destruido a la pequeña y mediana empresa, a la industria que sustituía importaciones y a las prestatarias de servicios con capitales nacionales. Se concentró el poder económico y se extranjerizaron gran parte de empresas nacionales. Algunos analistas encuentran una muy estrecha relación entre la fuga de capitales y el endeudamiento externo en la Argentina.¹⁰³ La falta de regulación racional y no mantener las políticas económicas más allá de los cambios de gobierno nos llevaron a una crisis económica difícil de superar. El desafío está en recuperar la credibilidad perdida, porque sin inversión no hay crecimiento ni superación de las desigualdades sociales.

11.2 *Consecuencias sociales*

Con la reforma del Estado, la privatización de casi todas las empresas públicas hizo que los usuarios de los servicios públicos debieran soportar costos crecientes. Los contratos ya no tienen las condiciones contractuales originales, han sido sometidos a permanentes renegociaciones, permitiendo la desinversión. Al tiempo que la pobreza se profundiza, la desigualdad y la inestabilidad social aumentan, y en definitiva el tejido social del país, verdadera base de funcionamiento de las instituciones tiene un constante deterioro que altera la paz social.¹⁰⁴ La proyección de los efectos, desencadenados junto a la crisis del 2002, continúa en la actualidad. El gobierno aplica sistemáticamente políticas de emergencia que

administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho, Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2009, pp. 385-389.

¹⁰¹ Ver nuestro *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, op. cit.

¹⁰² O, como dice BIANCHI, “nuestro país pareciera moverse solo a impulsos de crisis, de emergencias.” (BIANCHI, ALBERTO B., “Servicios públicos: balance de una década compleja (2000-2010),” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal: Servicios públicos, poder de policía y fomento*, Buenos Aires, RAP, 2011, 1ª ed., p. 790.)

¹⁰³ BASUALDO, EDUARDO y KULFAS MATÍAS, “Fuga de capitales y endeudamiento externo en la Argentina,” *Revista Realidad Económica*, n° 173, agosto del 2000, pp. 76-103.

¹⁰⁴ KENNETT GALBRAITH, JOHN, “La cultura de la satisfacción,” citado por CUELLO, RAÚL E. en: “La década de los 90: Profundización de la dependencia en el marco de una recesión estructural,” en *La Economía Argentina Hoy*, Buenos Aires, Emecé, 1992, p. 137.

obstan irrazonablemente al desempeño empresario privado y en consecuencia la desocupación es mayor cada día que pasa.

Hoy con el regreso parcial del Estado empresario, el Estado tiene acciones en alrededor de 30 empresas o tiene empresas estatales propias. Entre ellas, Energía Argentina (Enarsa), Aguas y Saneamiento (AySA), ArSat (Argentina Satelital), Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado y la Sociedad Operadora Ferroviaria. Pero la reestatización de algunas empresas, p. ej. Aguas Argentinas, hoy AySA, denota que sigue la desinversión y que los usuarios siguen pasando por las mismas penurias que tenían cuando la empresa era privada. La estatización no ha resuelto el problema de la privatización, y será necesario privatizar nuevamente, esperemos que en condiciones no corruptas.¹⁰⁵

En la idea de que la regulación es la tarea que consiste en mantener en un sector social concreto el equilibrio querido por la ley entre derechos y obligaciones,¹⁰⁶ corresponde llevar adelante políticas regulatorias que tengan por fin la protección de los derechos de los usuarios y consumidores, del ciudadano común, para preservarlos de los aumentos desmedidos de precios, del proceso inflacionario, pero sin provocar la fuga de capitales. No hemos logrado en nuestro país un equilibrio en la política regulatoria y actualmente se impone la fuga de capitales del orden de los 2.000 millones de dólares mensuales. Así es imposible que el actual esquema regulatorio existente subsista.

12. *Quién ejerce la regulación en el orden nacional*

12.1. *La salvedad internacional*

Vimos en reiterados lugares que al par de esta desregulación local de principio, aumenta constantemente el marco de la regulación internacional. Cuando nos referimos al orden nacional, pues, no lo hacemos por oposición a internacional sino a provincial o municipal; del mismo modo, cuando más adelante tratemos la regulación o actividad interjurisdiccional (ERAS, CEAMSE,) nos remitimos al plano interno, no al internacional.

Hoy hemos pasado de la falta de restricciones a la regulación desmesurada en la exportación de productos agropecuarios, la cual en estos últimos años nos han llevado a incumplir compromisos comerciales internacionales, pérdida de

¹⁰⁵ En este contexto, NALLAR señala que “los entes reguladores fueron intervenidos por burócratas y políticos que defienden los intereses del gobierno de turno, asisten a los actos de campaña de sus jefes y ordenan inversiones donde las encuestas muestran baja imagen del gobierno ... Los prestatarios no manejan demasiado dinero ni deciden técnicamente las inversiones. Mediante millonarios subsidios tarifarios, el gobierno de turno es el cliente más importante. «Yo pago, yo mando», dice el gobierno.” (NALLAR, DANIEL, “Regulación de los servicios públicos en Argentina. Causas y consecuencias de la impunidad,” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal ...*, op. cit., p. 343.)

¹⁰⁶ BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS, *Las autoridades administrativas independientes*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 74.

mercados, caída vertical de la producción nacional, etc. La falta de políticas racionales de mediano y largo plazo en el país tiene como consecuencia que no se haya logrado adoptar la eficiencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica como valores ponderados por una sociedad económica productiva. No es fácil de entender cómo la Argentina, que era uno de los principales productores agropecuarios del mundo, ha desaprovechado la oportunidad global.

12.2. *Las tres variantes primarias*

En el plano interno, una cuestión fundamental es quién regula y a través de qué tipo de normas.

1º) La clásica regulación *legislativa* se une ahora a

2º) la regulación por las *agencias regulatorias independientes*, o *entes reguladores* a tenor del art. 42 de la Constitución nacional. Pero no por ello queda olvidada, sino que mantiene un alto lugar en la escena nacional,

3º) la sempiterna regulación por el Poder Ejecutivo nacional o, peor, sus órganos dependientes. Ella es de dudosa constitucionalidad luego de la reforma de 1994,¹⁰⁷ aunque el legislador le insufló nueva vida temporaria por las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y, finalmente, 26.519.¹⁰⁸

Además de ese conflicto no resuelto en la experiencia sobre qué grado de regulación le *compete* a quién, por una parte, queda pendiente determinar caso por caso cuál es el nivel y el tipo de regulación que es adecuado a una actividad económica o social en cada circunstancia de tiempo y lugar.

En el primer aspecto, es imposible discutir desde el derecho constitucional que el Poder Legislativo tiene la más amplia potestad para regular actividades económicas y sociales, dentro de los límites de razonabilidad que impone la Constitución nacional. Hay también una razón práctica para ello y es que las regulaciones legislativas nunca suelen ser detalladas y exageradas como pueden serlo las reglamentaciones administrativas. Donde la discusión se tensa es si la regulación debe ser —luego de la ley—, de competencia exclusiva del ente regulador, o si puede serlo en alguna o incluso principal medida del Poder Ejecutivo, del Jefe de Gabinete y demás Ministerios y Secretarías. En el caso argentino, la tradición regulatoria descansó siempre fuertemente en los decretos del Poder Ejecutivo y resoluciones de sus órganos centralizados o desconcentrados. Las empresas del Estado y entes autárquicos cumplían también un rol reglamentario de las actividades a ellos “subordinadas,” pero no se presentaba nunca conflicto

¹⁰⁷ Pues es claro, como dice BADENI, GREGORIO, *Instituciones de derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 247, que “la delegación legislativa que autoriza la Constitución es una solución excepcional, sensiblemente limitada y de interpretación restrictiva.”

¹⁰⁸ Ver CSJN, *Camaronera Patagónica S.A.*, 15-IV-14.

de competencias con el Poder Ejecutivo, pues su sometimiento a éste era a su vez indubitable.

12.3. *El fin de las delegaciones legislativas preexistentes, por la Constitución de 1994*

A partir de 1994 la facultad normativa queda cercenada al Poder Ejecutivo y con mayor razón a sus Ministerios y Secretarías, con un plazo de gracia de cinco años que venció en 1999, pero aparecía en su lugar, por el art. 42, la potestad constitucional propia de los entes llamados precisamente reguladores. Aunque se hubiera interpretado que leyes anteriores habían dado previamente al Poder Ejecutivo o a la Secretaría atribuciones que excedían el nuevo marco constitucional, ellas no encuadraban en el principio de la cláusula transitoria Octava. (“La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.”) Esta cláusula se refiere a las normas dictadas en virtud de la plétora de leyes que delegaban cualquier cosa al Poder Ejecutivo y éste reglamentaba como “autoridad de aplicación,” a su vez subdelegando en Secretarías y Subsecretarías. Eso venció en 1999,¹⁰⁹ aunque el Congreso ha pretendido prorrogar el plazo sucesivamente, hasta llegar al año 2010. Desde la Constitución de 1994, la autoridad de aplicación del marco normativo sólo puede ser una agencia regulatoria independiente, con participación de los usuarios, régimen de audiencias públicas, no avocación, intervención ni alzada, etc. Pero es una convicción que tarda en permear la conciencia pública. La Constitución ahora solamente autoriza la delegación legislativa al Ejecutivo en cuestiones de administración (por ende, no para regular actividades de particulares) y mediando *emergencia*.

Esas leyes a su vez deben tener plazo determinado y no pueden prorrogarse *sine die*; su interpretación ha de ser, en cualquier caso, restrictiva. El art. 76 de la Constitución nacional establece que “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas *de administración* o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”¹¹⁰

¹⁰⁹ Ver MILJKER, “A propósito de un fallo: la delegación legislativa después del 24 de agosto de 1999,” *LL*, 1999-D, 353.

¹¹⁰ No coincidimos con la afirmación relativa a que la aprobación de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante dispuesta por leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135, “responde acabadamente a los aspectos contenidos en la Cláusula Transitoria Octava, a la necesidad de ratificar la certeza de las relaciones jurídicas nacidas a su amparo y a la imposibilidad de revisar sus consecuencias (Art. 76, segundo párrafo, C. Nacional),” (MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Delegación

Eventuales delegaciones que pudieran preexistir en materia que no sea administrativa y de emergencia con plazo taxativo, caen automáticamente en 1999/2004/2006/2008/2009/2010: No tenemos vergüenza colectiva. Es cierto que la autorización constitucional de la otra figura, el reglamento de necesidad y urgencia, ha sido utilizada con una profusión enteramente ajena al espíritu, al texto y al procedimiento constitucional lo mismo que la delegación legislativa en blanco en materia presupuestaria, los superpoderes, etc.¹¹¹

Pero no hay que desfallecer en la lucha por el derecho, es tan antigua y tan eterna como la lucha contra la corrupción. Otro problema es la invocación de delegaciones inexistentes: Así la ley de facto 20.004/72, que ha sido invocada para dictar cuestionables textos ordenados, tarea en que el Poder Ejecutivo no se ha caracterizado por la prolijidad. El factor de confusión jurídica que ello ocasiona es grande.¹¹²

Pero lo peor quizás sea el ejemplo que desde las más altas esferas del poder se le brinda a toda la sociedad: “El que puede, como nosotros, incumple impunemente las normas más fundamentales. Saque Usted, ciudadano, sus propias conclusiones acerca de cuáles podrán ser sus propias conductas a partir de la observación del ejemplo que le brindamos nosotros sus gobernantes.” *Elementary, my dear Watson.*

13. *Los entes reguladores o autoridades regulatorias independientes*

Ya vimos que el art. 42 de la Constitución exige entes reguladores independientes,¹¹³ con participación decisoria de las Provincias y los usuarios, que deben ser independientes de la administración central;¹¹⁴ la participación de Provincias y usuarios debe ser con voz y voto en su directorio.¹¹⁵ La denominación de estos entes en la Constitución indica que su función es ejercer facultades regulatorias y también controlar el cumplimiento de las normas. El principio que deviene de la Constitución es que el poder concedente no regula y el ente regulador no con-

legislativa. Vencimiento del plazo legal,” *LL*, 2010-D, 989.) Entendemos que la protección de los derechos adquiridos al amparo de la legislación delegada, no se relaciona con la ratificación de esa legislación, ni mucho menos que esa era la conducta debida por el Congreso para satisfacer dicha protección. Son planos distintos: El de la legislación delegante (PL) y delegada (PE) y el de la protección de situaciones jurídicas consolidadas, nacidas al amparo de esas normas, garantizadas por los principios de inviolabilidad de la propiedad e irretroactividad legal, y por constituir derechos adquiridos. La caducidad de la legislación (delegante y delegada) en nada incide sobre situaciones protegidas por principios constitucionales. Pero la atribución delegada cayó de pleno derecho y no puede volver a ejercerse para situaciones nuevas.

¹¹¹ AMBROSINO, “Algunas reflexiones en materia presupuestaria: el presupuesto paralelo,” *op. cit.*

¹¹² ZIULU, ADOLFO G. “¿Es constitucional la nueva ley de prenda con registro?” *LL*, 1998-A, 1014.

¹¹³ T. 1, *Parte general*, cap. XV, “Los entes reguladores,” § 1, “Introducción,” p. 2.

¹¹⁴ En este sentido ver PULVIRENTI, ORLANDO, “Enredados. Reflexiones sobre la nueva regulación del Enargas a la luz de *Ángel Estrada vs. Enre*,” *LL*, 2006-A, 887.

¹¹⁵ SARMIENTO GARCÍA, JORGE, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 153, 154 y ss., 161 y ss.

cede.¹¹⁶ Sin embargo, la administración central todavía no se anotició del cambio constitucional y sigue produciendo normas reglamentarias para las cuales carece constitucionalmente de competencia. Las ventajas y desventajas de las “comisiones reguladoras,” parecen dos: Su especialidad y su independencia. Sus aparentes desventajas surgen de las críticas que han recibido tales organismos, entre ellas su falta de verdadera independencia del gobierno central.¹¹⁷

No obstante ello, cabe destacar que una de las garantías más importantes que ostentan las autoridades independientes del derecho comparado, es la imposibilidad por parte del gobierno de sustituir tanto sus directores como su personal, como así también la imposibilidad de controlar sus actos a través de recursos administrativos.

El control y supervisión de las actividades de las agencias reguladoras en Estados Unidos se realiza a través del Congreso, por medio de comisiones parlamentarias competentes en razón de la materia, además por cierto de la Justicia. Respecto de la titularidad y ejercicio de la potestad regulatoria, las agencias reguladoras independientes del derecho norteamericano, como p. ej. la *Federal Energy Regulatory Commission*, tienen potestad para determinar el régimen jurídico de una determinada actividad económica mediante su producción normativa.

Pero la nota característica de estas entidades consiste en la exclusividad de la agencia para dictar los marcos regulatorios de la actividad que le compete regular,¹¹⁸ bajo control legislativo y judicial, pero nunca de los órganos de la administración central.

13.1. *Facultad regulatoria propia y no delegada. Improcedencia de la avocación,alzada e intervención*

Existe un pleonasma que nace de la propia Constitución, al concebir en su art. 42 los entes reguladores: La regulación está a cargo de estos. Pareciera entonces absurdo, salvando la facultad legislativa de regular cualquier actividad, preguntarse quién más puede o debe tener esta facultad sobre los servicios públicos. Si la Constitución prevé organismos especiales al efecto, llamados entes reguladores, o agencias reguladoras independientes, están precisamente para regular. Más todavía, la Constitución establece esa categoría de *ente regulador* independiente con algunas particularidades, en especial la participación de usuarios y Provin-

¹¹⁶ Ampliar en el t. 1, cap. XV. En igual sentido, GUSMAN, ALFREDO SILVEIRO, *La regulación de los servicios públicos por parte de la ciudad de Buenos Aires*, ED, 177: 961.

¹¹⁷ ARIÑO ORTIZ, GASPAR, “La regulación económica,” Buenos Aires, Abaco, 1996, p. 90 y ss.; D’ARGENIO, INÉS A., “La regulación económica en América Latina: profundas diferencias con el sistema de «agencias» que se pretende trasplantar,” *JA*, 2008-II, 1292.

¹¹⁸ SALOMONI, JORGE en Estudio Preliminar a CASSESE SABINO, “La crisis del Estado,” Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2003, p. 14; GONZÁLEZ MORAS, JUAN M., *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

cias en su directorio;¹¹⁹ surge de ella, también, que deben existir en su actividad regulatoria otros mecanismos de participación ciudadana como la audiencia pública. Con lo cual se refuerza su diferencia de la administración central y resulta inevitable que la competencia reguladora sea propia de él y no del Poder Ejecutivo,¹²⁰ máxime que las actividades regulatorias de éste han quedado limitadas o eliminadas por la Constitución.¹²¹ Consecuencia de esta facultad propia de los entes y de la prohibición al Poder Ejecutivo, Ministros y Secretarios de regular, es que resulta inconstitucional prever una vía de alzada ante el Poder Ejecutivo contra los actos de los entes reguladores.¹²²

La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que no procede la revisión por vía de alzada contra actos administrativos dictados por entes reguladores, en ejercicio de competencias que les han sido encomendadas en función de su idoneidad técnica, cuyo objeto sea técnico y el recurso impugne únicamente ese objeto, salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad.¹²³

Del mismo modo, entendemos que no procede la alzada, la avocación ni la intervención; pero cualquiera que lea los diarios sabe que en la práctica argentina hubo o hay alzada, avocación, intervención, todo. Nuevamente hay que seguir insistiendo en el correcto sistema y vigilar para que poco a poco sea realidad; sobre todo, no caer en el derrotismo de tomar como jurídico lo que no es sino una experiencia de violación al sistema jurídico.

Sin embargo toda novedad cuesta ser asimilada y a los sucesivos titulares de Ministerios y Secretarías se les hace duro comprender que sus cargos ya no son lo que eran antes. De todas maneras, regulan, con razón o sin ella, con competencia o sin ella.

El peso de resistir las oleadas reguladoras de los Ministerios y Secretarías recae así en una primera trinchera de los propios entes reguladores. ¿Toman como punto de partida lo resuelto por tales funcionarios y se dedican a las normas menores, o asumen plenamente el rol constitucional después de la ley?¹²⁴ Como su

¹¹⁹ Conf. SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 153. REJTMAN FARAH afirma que: "La exigencia impuesta por el Artículo 42 de la Constitución Nacional sigue incumplida, sin que tal violación parezca conmovir a quienes tienen a su cargo la responsabilidad de dotarlos de las garantías de independencia que la Constitución exige y la Corte Suprema identifica como ausentes." (REJTMAN FARAH, MARIO, "¿Independencia de los entes reguladores?" en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal ...*, *op. cit.*, p. 516.)

¹²⁰ Hemos tratado el tema en el cap. XV, "Los entes reguladores," del t. 1 de este tratado.

¹²¹ Ver el cap. VII, "Fuentes nacionales del derecho administrativo," del t. 1, *op. cit.*

¹²² Comp. SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 154 y ss., 161 y ss. En igual sentido CARRILLO, SANTIAGO R., "Entes reguladores en la Argentina: Rumbo a las autoridades administrativas independientes," *ResPublica*, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, México, año I, núm. 3, Septiembre-Diciembre de 2005, pp. 11-23, también publicado en *El Dial* (elDial.com) - Suplemento de Derecho Económico del 18/XI/2005. Ampliar en REJTMAN FARAH, *op. cit.*, pp. 509-517.

¹²³ *RAP*, 251: 61. Ampliar *infra*, t. 4, cap. XI, "Recurso de alzada."

¹²⁴ El esquema norteamericano es diferente. Ver CANN, STEVEN J., *Administrative Law*, Thousand Oaks, California, Sage Publicatios, 1995, I, 2, p. 23 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 160 y ss. y sus referencias.

integración es por ahora resuelta por el Poder Ejecutivo nacional, se comprende que no se hallan en óptima situación de tener políticas regulatorias propias —además de las legislativas *stricto sensu*— como la Constitución nacional les manda.

A veces les cuesta una intervención del PE y una sala de la Cámara Contencioso Administrativa no ha aceptado que ello lesione los derechos de los usuarios. Está así sentada la trampa perfecta para que ocurran situaciones como las que estamos describiendo.

13.2. *La finalidad de los entes reguladores*

Como en casi todo tema de derecho, hay criterios para todos los gustos: Desde quienes pensamos que la función de los entes reguladores es tutelar los derechos e intereses del usuario, como manda el art. 42 de la Constitución,¹²⁵ pasando por quienes proponen un deber de armonización, equilibrio y recomposición de los diferentes intereses en juego, procurando en todo caso evitar el abuso de posición dominante del prestador del servicio.¹²⁶ Como se advertirá, es la misma discusión o el mismo dilema que presenta la regulación.

El Estado cumple su tarea regulatoria del accionar de empresas que tienen algún poder de monopolio, para que no cobren precios excesivos o no reduzcan la calidad de los bienes o servicios que reciben los usuarios. La actitud monopolista implica un incremento en el precio del bien o servicio comparado con el que se lograría en una situación de competencia perfecta, obteniendo rentabilidades superiores a las consideradas razonables para la actividad y provocando una disminución en el consumo, generándose un costo social y una mala distribución del ingreso. Otro fin es lograr una tarifa económica y exigir mayor calidad en la prestación del servicio. Para cumplir con esos objetivos el Estado instituye, en el esquema constitucional, un ente regulador imparcial e independiente que fije las pautas al monopolista en función a los objetivos antes mencionados. Pero en la práctica estas organizaciones muchas veces no disponen de equipos técnicos para escoger los procedimientos a aplicar y determinar el nivel de tarifas apropiado, o carecen totalmente de independencia del Poder Ejecutivo nacional. Esto inevitablemente produce ineficiencias económicas y costos sociales a los consumidores.

14. *La regulación interjurisdiccional*

Hay materias que están constitucionalmente sometidas solamente a la Nación, por ser de aplicación la cláusula del comercio o tráfico interprovincial, aunque subsisten nichos de regulación local, p. ej. en materia de distribución de energía eléctrica. También hay casos en que tres jurisdicciones pactan una regulación

¹²⁵ Ver también MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, “El control de los servicios públicos privatizados,” *Revista Actualidad en Derecho Público*, 5: 9.

¹²⁶ MAIRAL, “La ideología del servicio público,” *RDA*, Buenos Aires, Depalma, 14: 359.

unificada del sector. Los ejemplos más antiguos fueron YMAD, Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio, el CEAMSE, Cinturón Ecológico del Gran Buenos Aires,¹²⁷ el Mercado Central del Gran Buenos Aires,¹²⁸ a ellos cabe agregar el ERAS, Ente Regulador de Agua y Saneamiento, cuyas decisiones son pasibles de los recursos administrativos previstos en el dec.-ley 19.549/72 y su reglamentación, de acuerdo a lo que prevé el art. 109 del marco regulatorio aprobado por ley 26.221.¹²⁹ La Nación, la Provincia y la otra jurisdicción local se incorporan en calidad de socios igualitarios, con lo cual sus actos no pueden estar sujetos a revisión por vía de alzada ante el Poder Ejecutivo nacional, tal como no hay alzada ante el Poder Ejecutivo nacional contra un acto de un Gobernador. Por igual razonamiento, constitucionalmente no existe tampoco avocación posible por el Poder Ejecutivo nacional y ni siquiera el Congreso de la Nación puede modificar el pacto interprovincial así realizado, sin la conformidad de sus demás partes en el tratado. Es el nuevo esquema regional del federalismo argentino.¹³⁰ Sin embargo, en la creación del ya disuelto ETOSS, la alzada ha estado prevista reglamentariamente¹³¹ y se ha aplicado, sin que la justicia haya hecho objeción a tan clara violación del sistema federal.

15. *La regulación de los servicios públicos privatizados*¹³²

15.1. *Las políticas legislativas sectoriales*

En *Cochia* la Corte recuerda que “Este sistema fue luego desarrollado y aplicado por el mismo legislador a específicos sectores económicos: Energía eléctrica, por la ley 24.065; gas natural, por la ley 24.076; puertos, por la ley 24.093; hidrocarburos, por la ley 24.145” (cons. 11). Sin embargo, mal podría afirmarse con seguridad que todos esos ámbitos están desregulados. Mas bien se ha pasado de un sistema a otro. El nuevo sistema presenta una riqueza de matices tal como para que en cada caso sea necesario explicar, según las normas positivas, qué está

¹²⁷ Ver MARTIARENA, JUAN JOSÉ, “El caso «C.E.A.M.S.E.»,” AA.VV., *Actualidad del derecho administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Función Pública, 1999, p. 59 y ss.

¹²⁸ Ver *infra*, t. 4, cap. XI, § 2.4.1., nota 39.

¹²⁹ Ver *infra*, t. 4, cap. XI, § 2.4.1., pp. XI-6 y XI-7.

¹³⁰ Ver “La región argentina a partir de la Constitución de 1994,” en *Después de la reforma del Estado*, op. cit., cap. X, reproducido *infra*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*; BARRA, “Globalización y regionalización,” *ED*, 185: 939; BIDART CAMPOS, GERMÁN y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (coords.), *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 221 y ss., 247 y ss. Ver también las reflexiones que hacemos a propósito de las regiones en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 1ª ed. argentina de ambos vols., con notas de AGUSTÍN GORDILLO, 2006, VI.2, “Nuestra historia es un proceso constante de centralización,” p. 366-A.

¹³¹ Ver arts. 18, inc. b) y 68, marco regulatorio aprobado por dec. 999/92.

¹³² Ver las referencias de la nota 1 y MUÑOZ, op. cit.; DONCEL JONES, JUAN CARLOS, “Los organismos descentralizados del Estado que actúan como empresas del derecho privado (con especial referencia a C.A.M.M.E.S.A.),” *LL*, 1997-F, 1070; GUSMAN, op. loc. cit.

regulado y qué está desregulado. Un problema adicional es determinar si se halla regulado por ley, caso en el cual el sistema habrá de perdurar, o por reglamentos delegados, caso en el cual tenía la espada de DAMOCLES de la *vacatio iuris* de 1999. El Congreso ha preferido postergar incesantemente el problema prorrogando el plazo constitucional (lo que por supuesto viola ostensible e insanablemente la Constitución) hasta llegar al año 2010. No es que haya habido desregulación total y absoluta en ninguno de dichos sectores, como la mera compulsión de las leyes allí citadas permite comprobarlo. Menos regulado, sin duda; desregulado, en verdad no.¹³³ En realidad, con la excusa de la desregulación, la regulación se sustituyó por un régimen arbitrario de asignación particularizada de beneficios inconstitucionales, increíblemente delegada por el Congreso al administrador bajo la mirada impávida del Poder Judicial.

La regulación de los servicios públicos debe ser dinámica para adaptarse a los cambios tecnológicos y comerciales, sin afectar los derechos de los usuarios de los servicios públicos.

15.2. *Tarifas de servicios públicos, planes de obras e inversiones, etc.*

En el medio de las luchas de poder¹³⁴ acerca de quién ejerce poder regulatorio, están las discusiones de fondo: Actividades que antes estaban monopolizadas por el Estado fueron a veces privatizadas sin un marco regulatorio y falta entonces dictarlo. En cualquier caso, están reguladas por el pliego de la licitación y el contrato de concesión o licencia, que fijaron en su momento planes obligatorios de obras e inversiones, regímenes tarifarios, etc. En estos casos la discusión varía según cuál sea el servicio y la época. Ocurre ahora que de pronto los concesionarios o licenciatarios y el propio Estado resuelven que quieren renegociar los contratos, repactar las inversiones y obras, los plazos, las tarifas.¹³⁵

Diversos motivos llevaron a un vasto plan de enajenación de bienes públicos. Pero en vez de aprobar un marco regulatorio por ley, luego crear un ente regulador y finalmente llamar a concurso para vender o concesionar un bien público, las cosas arrancaron por el final (la cesión al grupo privado) o antes de crearse un ente en telefonía, electricidad, gas, rrv. Además, se vulneraron roles parlamentarios y judiciales y se permitió, junto a bajos riesgos empresarios, un nivel de rentabilidad sin control.

¹³³ Hay casos en que no existe regulación legislativa, pero sí muchas normas administrativas. Ver RUFFA, DAMIANA, "Frente a una nueva regulación para los servicios ferroviarios de pasajeros del área metropolitana de Buenos Aires," *RAP*, 235: 93, Buenos Aires, 1998.

¹³⁴ Ver *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, cap. VII, "La «certeza» que da el poder," también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, *op. cit.*, cap. VII.

¹³⁵ Ver PÉREZ HUALDE, "Control judicial de las tarifas de servicios públicos," *LL*, 2002-A, 84; SALOMONI, JORGE LUIS, "Sistema jurídico, emergencia, conflicto de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos," *ED*, 2001-2002, 635; CAPLAN, "A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas," *LL*, 2003-B, 67.

Todos los países desarrollados han modificado en la última década las regulaciones aplicadas sobre los servicios públicos, con el fin de adaptarlos a la nueva realidad tecnológica y comercial. En general, en la última década se profundizó en el mundo la desregulación de los servicios, disminuyendo la regulación e intervención del Estado, aumentando las opciones de los consumidores; no así en nuestro país, donde la regulación económica se exageró espasmódicamente, con enorme deterioro de la economía y aumento de la exclusión social.

15.3. *Generación de energía*

En otras actividades que no están monopolizadas por el Estado en manos privadas, sino sujetas a la libre competencia, puede haber con todo un mínimo regulatorio acerca del modo de ejercer esa libre competencia, como ocurre en el caso de la generación de energía eléctrica, que presenta muy complejas reglamentaciones sobre el modo de vender su energía al mercado eléctrico. Hasta hay una suerte de ente regulador: CAMMESA, con una participación sustancial de los usuarios.¹³⁶ La generación de gas también se encuentra desregulada, lo mismo que el petróleo, pero no han quedado ajenas a los espasmódicos arrebatos intervencionistas de la secretaría de Comercio. Los empresarios han preferido aceptar los niveles de subsidios o compensaciones ofrecidos, sin cuestionar judicialmente el sistema así instituido.

15.4. *El principio regulatorio*

Todos sabemos que cuando el Estado presta determinada actividad económica de provisión de bienes o servicios, su tendencia no es autoregularse ni autolimitarse, sino en todo caso regular a los demás con los cuales entra en contacto. Pero esa época queda atrás ante la realidad de la privatización de actividades antes estatales, a las cuales por definición, si bien se trasladan para su ejercicio al sector privado de la economía, no se las libera de la tutela reguladora del Estado ni mucho menos se les puede a su vez otorgar facultades regulatorias sobre terceros (aunque de vez en cuando lo pidan o incluso lo obtengan, pero es la excepción a la regla). En ese sentido, la privatización “no alcanza al derecho aplicable, tampoco a la regulación o al control estatal.”¹³⁷ En materia de regulación de servicios

¹³⁶ Es un ente regulador independiente constituido formalmente como “sociedad anónima,” en el cual participan la Subsecretaría de Energía Eléctrica y las asociaciones de generadores, distribuidores, transportistas y grandes usuarios: Ver DONCEL JONES, *op. loc. cit.* La participación del Estado y los interesados ha disminuido notablemente el grado de fricción posible, ya que es obvio que terminan consensuando sus pasos, en el propio interés común de los productores y el interés público en juego.

¹³⁷ GUSMAN, *op. loc. cit.*; MALARET I GARCÍA, *Les transformations du système administratif espagnol*, *op. cit.*, p. 251; PONCE SOLE, JULIO, “Una aproximación al fenómeno privatizador en España,” *RAP*, 139: 345. (Madrid, 1996.)

públicos privatizados existen algunas definiciones constitucionales que todavía tardan en convertirse en realidad plena, pero es sólo cuestión de tiempo.

Cabe entre ellos destacar una vez más: *a)* la plena autonomía de los entes reguladores (sin intervención,alzada, avocación, etc.), *b)* la realización de audiencias públicas previas a toda decisión trascendente sobre el servicio, *c)* la necesaria participación de los usuarios y las Provincias en los directorios de los entes, *d)* la devolución a los usuarios de las ganancias excesivas, *e)* el consiguiente equilibrio entre tarifas justas y razonables y ganancias justas y razonables, etc.

Estamos todavía en una etapa incipiente de las privatizaciones, en las que se comenzó demasiado pronto a hacer renegociaciones para repactar el objeto, el plazo, el precio, virtualmente todo, sin pasar por una nueva licitación pública ni someterse siquiera a audiencia pública previa para lo que es, en palabras de la CSJN, una nueva contratación.

Se trata de una receta para la inseguridad jurídica por mano propia, como bien lo prueba el fallo *OCASA* de la Corte Suprema, cuya doctrina es perfectamente aplicable también a los contratos administrativos de concesión o licencia de servicios públicos.¹³⁸

16. *Las regulaciones de actividades en libre competencia y de otros sectores económicos o sociales*

Si bien el uso de la expresión “regulación” se hace para referirse principalmente a los servicios públicos, hay una multivocidad en su aplicación, pues comprende varios supuestos adicionales. En el caso del gas, se pasa de la regulación a la desregulación, del servicio público a las actividades en libre competencia, para luego retornar a la regulación. Hay diversos casos de regulación y desregulación (generación, transporte, distribución; gas natural, gas comprimido, gas licuado). Un ejemplo de la regulación desmedida es la ley 26.095 que establece cargos específicos en las tarifas de electricidad y gas con el fin de destinarlos al financiamiento de un fondo fiduciario de infraestructura. La ley no es clara respecto al control, conspira contra la transparencia y el control de la administración de los recursos públicos. Sin embargo, la Corte Suprema en el caso *Establecimiento Liniers SA*, remitiendo a lo dictaminado por la Procuradora Fiscal, declaró la constitucionalidad de los cargos específicos.¹³⁹

¹³⁸ CSJN, *OCASA, ED*, 177: 750 (1998), con nota de COMADIRA, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento,” *ED*, 177: 749; MILJIKER, “El instituto de la lesión en el ámbito de los contratos de derecho administrativo,” nota al fallo *OCASA, LL*, 2000-A, 123; *Almagro, ED*, 178: 676 (1998), con nota de DIEZ, HORACIO PEDRO, “El conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Almagro»” y sus respectivas referencias.

¹³⁹ La ley 24.095 estableció los llamados *cargos* con destino específico a obras de infraestructura para generación, transporte y distribución de gas natural, gas licuado y electricidad, facultando

16.1. *Regulación económica de bancos, entidades financieras y seguros, etc.*

Hay normas dictadas para sectores de la economía que nadie incluye en la categoría de servicios públicos: Bancos, compañías de seguros, entidades financieras,¹⁴⁰ las extintas AFJPs, etc. Por supuesto, en todo lo no regulado administrativamente rigen las normas del derecho común.

16.2. *Medios de comunicación*

La regulación también existe cuando afecta sectores económicos que hacen a la libertad de expresión¹⁴¹ del pensamiento y circulación de las ideas: Radios, televisión,¹⁴² canales de cable.

En telecomunicaciones la tensión regulación/desregulación es manifiesta,¹⁴³ como también lo son los cambios tecnológicos y de la realidad económica¹⁴⁴ que obligan a un constante replanteo del tema.

Los medios gráficos se oponen totalmente a su regulación, en lo que parecen ser apoyados por la opinión pública. La modesta limitación regulatoria del derecho de rectificación y respuesta ya es suficiente, en algunos casos, para llevarlos al paroxismo; lo mismo cuando la invasión de la intimidad o privacidad ajenas les lleva a perder pleitos y pagar indemnizaciones. El empecinamiento gubernamental en avanzar sobre la propiedad de los medios de comunicación social,

al Poder Ejecutivo a fijar su valor, que es incluido en la factura. Se planteó en su momento si no constituían acaso un tributo cuya cuantía debía ser fijada en la ley, lo cual fue resuelto por la Corte Suprema en el caso *Establecimiento Liniers SA* (11-VI-13) a favor del carácter tarifario y no tributario de aquellos *cargos específicos*, con fundamento en que la ley 24.095 vino a completar la ley 24.076 pues la creación de aquéllos, “en cuanto estableció un nuevo modo de financiación de las obras de expansión del transporte se tradujo en una modificación tarifaria que la administración ya se encontraba facultada a realizar en ejercicio del poder que, a tal fin, el marco regulatorio del sector le había conferido.” A este respecto ver: MAIRAL, “La problemática actual del servicio público,” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal: Servicios públicos, poder de policía y fomento*, Buenos Aires, RAP, 2011, 1ª ed., pp. 745-750; BIANCHI, ALBERTO B., “Servicios públicos: balance de una década compleja (2000-2010),” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal ...*, op. cit., pp. 781-791; BIANCHI, ALBERTO B., “Objeciones regulatorias y constitucionales a los llamados «cargos específicos» (A propósito del caso «Ulloa c. Enargas»),” *LL*, 2010-D, 155 y GALICE, MATÍAS, “Los cargos específicos y el debate sobre su constitucionalidad,” *LL*, Suplemento Actualidad, 28-V-13, p. 1.

¹⁴⁰ Originariamente el decreto-ley 21.526/77, que ha sufrido muchas modificaciones.

¹⁴¹ Ver GELLI, “Libertad de expresión en Argentina: Los desafíos de la nueva comunicación,” en SANDLER, HÉCTOR R. (coord.), *El cuarto poder. Expresión, información y comunicación social*, Buenos Aires, Ediar, 1999, pp. 206-30; “Emergencia y medios de comunicación social,” en SCHEIBLER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, § 3, “La fundamentación de la libertad de expresión en los sistemas democráticos y la función de la comunicación social en sí misma,” pp. 240-244; FERREIRA, MARCELO, “Derecho a la libre expresión,” en GORDILLO-FLAX y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed., cap. VIII.

¹⁴² Ley 26.522; la regulación se encuentra a cargo del AFSCA.

¹⁴³ Ver SNOW, MARCELLUS S., *Telecommunications. Regulation & Deregulation in Industrialized Democracies*, Nueva York, Longman Inc., 1986; KELLOG, MICHAEL K., THORNE, JOHN y HUBER, PETER W., *Federal Telecommunications Law*, Boston, Little, Brown and C^o, 1992, 3ª reimpression.

¹⁴⁴ Ver GELLI, “Emergencia y medios de comunicación social,” op. cit.

el uso discrecional de las pautas de publicidad oficial, etc., no presagian mucho éxito legislativo a estos nuevos intentos.

16.3. *Regulaciones sociales, de seguridad, educación, etc.*

La regulación tiene también una cara distinta cuando se aplica no ya a sectores predominante o exclusivamente económicos, sino que tienen alguna otra trascendencia, p. ej. social, urbanística, educativa, cultural, de seguridad pública, etc. Los ejemplos se pueden multiplicar: Regulaciones en materia de servicios privados de salud, seguridad social,¹⁴⁵ servicios privados de seguridad, institutos privados de enseñanza en cualquiera de sus grados. Parece innecesario decir que en cada caso puntual la tensión regulación/ desregulación presenta perfiles propios, siempre cambiantes, siempre inestables.

16.4. *Un caso de ambigüedad terminológica: La desregulación portuaria*¹⁴⁶

Antes de la ley llamada de desregulación y privatización portuaria, las normas existentes no autorizaban ni preveían puertos privados, conociéndose entonces en derecho solamente los puertos del dominio público, aunque de hecho existían puertos privados.

La ley por un lado previó la privatización de puertos públicos, pero por el otro autorizó los puertos privados, que ya existían desde décadas antes en verdadera anomia o ilegalidad. Sin embargo, al preverlos los sometió a reglas. ¿Es un caso de desregulación o regulación? Es una desestatización de la actividad portuaria antes pretendida pero no realmente limitada con exclusividad al Estado, pero también una regulación normativa nueva de los puertos privados ahora incorporados al orden jurídico. No puede aquí utilizarse la palabra regulación con una connotación intervencionista, pues no la tiene; al contrario, es una regulación abierta, liberal, hecha para fomentar la competencia y competitividad portuarias.

16.5. *Otras materias*

Del mismo modo hay regulación en materia de transporte automotor,¹⁴⁷ navegación fluvial,¹⁴⁸ aeronavegación, pesca,¹⁴⁹ etc. Y por supuesto las eternas fluctuaciones, como ahora se intenta intervenir en el mercado exportador, restringiendo o prohibiendo temporalmente las exportaciones de carne o incluso de ganado en pie, llevándonos a la pérdida de mercados, la reducción del stock, etc. Solamente

¹⁴⁵ Ley 24.241, que da facultades reglamentarias delegadas al ANSESS.

¹⁴⁶ “Desregulación y privatización portuaria,” *RDA*, 9: 31 y como cap. VIII de *Después de la Reforma del Estado*, *op. cit.*; *infra*, t. 11.

¹⁴⁷ Ley de tránsito 24.449, que crea la Comisión Nacional de Tránsito y la Seguridad Vial; en su virtud se delegan atribuciones regulatorias a la Dirección Nacional de Vialidad, Res. ST 221/98.

¹⁴⁸ La regulación fluvial siempre fue de jurisdicción nacional.

¹⁴⁹ CARRILLO, “El interés (del) público en el Régimen Federal de pesca,” *op. cit.*, p. 77 y ss.

se han respetado los cortes enfriados de alta calidad que se exportan a la UE a través de la llamada cuota Hilton.¹⁵⁰ En el resto, sólo pérdida de producción y de mercados, reducción de ingresos fiscales, disminución de la capacidad financiera de continuar el modelo, aumento de la exclusión social, etc.

17. *Algunas conclusiones*

Las reglamentaciones que dicta la administración como “autoridad de aplicación” de la ley con frecuencia sobrepasan el sustrato constitucional y legal admisible de la regulación y funcionarios hay que parecieran aspirar a emular a VÉLEZ SÁRSFIELD por la cantidad de normas que emiten. Se han derogado regímenes enteros de regulación,¹⁵¹ pero subsisten muchos, quizás demasiados.

Sería superfluo intentar aquí un listado, basta señalar que son muchas y que el año 1999 fue el *Rubicón* que debía cruzarse con autoridades regulatorias independientes, a menos que se hubiere deseado un cambio desregulatorio como el del decreto 2.284/91. El legislador finalmente optó por una inconstitucional prórroga en etapas sucesivas que en total sumaron más de diez años, demora irracional si las hay.

En ese caso no será necesario dictar norma expresa alguna, porque operará la caducidad automática prevista en la Constitución para las leyes de delegación administrativa. Es posible que la Justicia le dé un respiro al Estado, en aras a la continuidad jurídica o al “horror al vacío” y resuelva que las reglamentaciones preexistentes no caducan junto a la legislación que les dio nacimiento (solución opinable, pero probable),¹⁵² pero esa salida no es sino un paso intermedio. Dado que la administración querrá seguir dictando nuevas normas, no le quedará otra alternativa constitucional que pedir la creación —por Ley del Congreso— de autoridades regulatorias independientes, con participación de usuarios y Provincias en

¹⁵⁰ Sobre la regulación jurídica de este régimen especial ver CARRILLO, SANTIAGO R., “Los criterios de adjudicación de la Cuota Hilton,” *LL*, 2005-F, 329; “Jueces, interés público y Cuota Hilton. Un corte conflictivo para discutir en una cena con colegas,” *La Ley Actualidad*, 21-26/X/04, pp. 1 y 3.

¹⁵¹ Ver nuestro art. “La validez constitucional del decreto 2.284/91,” en *Después de la reforma del Estado*, op. cit., cap. IX.

¹⁵² Como lo declaró la Corte en *Camaronera Patagónica S.A.*, 15-IV-14, cons. 11. En efecto, sostuvo que “los términos empleados por el legislador al sancionar la ley 25.645 constituyen una clara manifestación de su decisión política de ratificar la legislación delegada dictada hasta el 24 de agosto de 2002 ... Esos términos representan, sin dejar lugar a duda, la voluntad expresa del Congreso Nacional en la materia y solo pueden ser interpretados en el sentido de que quiso conferir rango de ley al contenido de todas las normas delegadas dictadas con anterioridad a su entrada en vigencia... La circunstancia de que no se haya identificado en forma particular a cada una de las normas aprobadas no invalida a la ratificación, en tanto el universo de preceptos que el Congreso Nacional pretendió convalidar resulta determinable,” destacando “la clara intención del Congreso Nacional de privilegiar la seguridad jurídica, evitar vacíos legislativos y sanear, hacia el futuro, cualquier nulidad de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo u organismos de administración al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994.” Finalmente, como temiéramos, el “horror al vacío” ganó la pulseada.

sus directorios, audiencias públicas previas a la emisión de nuevas regulaciones, etc. Pero algún día será necesario normalizar todo el sistema regulatorio, pues ese panorama no es en absoluto compatible con la Constitución. No creo que los convencionales constituyentes hayan votado esos poderes, ni mucho menos los electores de diputados y senadores. El vocablo *traición* en el art. 29 de la Constitución nacional no parece preocupar a nadie.

17.1. *Las leyes de delegación en blanco y las autoridades de aplicación*

Nuestra legislación y reglamentaciones presentan hasta ahora un umbral regulatorio, sea para todo tipo de oferta de bienes o servicios, o para sectores determinados. Ese umbral regulatorio en la práctica consiste en una larga serie de cambiantes reglamentaciones de la llamada “Autoridad de aplicación” de la ley o decreto-ley respectivo. Ello lleva a múltiples confusiones: Pues si nadie podrá decir que no debe haber regulación estatal en estas materias, eso no significa en modo alguno que las existentes sean razonables o adecuadas. Por otra parte, hay que distinguir entre los cuerpos de rango legal *stricto sensu* y las reglamentaciones administrativas de la autoridad de aplicación, que en la práctica conformaron hasta hace poco el cuerpo sustancial de normas reales. Si bien eso funcionó durante décadas, la situación ha cambiado a partir de la Constitución de 1994. Que a comienzos del siglo XXI un gobierno nuevamente intervencionista intente dar marcha atrás en la historia económica del país no lo torna congruente con el sistema internacional de normas de la *World Trade Organization* y diversos tratados y convenciones análogas. Lo explicamos en el cap. “Hacia la unidad del orden jurídico mundial” del t. *Hacia el derecho administrativo global*.

17.2. *Su caducidad en 1999/2004/2006/2008/2009/2010*

Por un lado, la delegación legislativa que estas leyes hacen a la administración en algún momento pierde necesariamente su vigencia y con ello caen de pleno derecho las reglamentaciones dictadas en su virtud aunque, como se dijo, no parece haber sido el criterio de la Corte.¹⁵³

La prórroga “en blanco” de las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519 es manifiestamente inconstitucional, pero no cabe esperar que sea declarada tal por la justicia. Nunca se realizó el minucioso trabajo de revisar las más de 1900 normas que desde 1853 hasta 1994 han delegado facultades legislativas en el PE o peor, en sus órganos dependientes, entre las que se encuentran el Código Civil, el Código de Comercio, el Código Aduanero, la ley de Radiodifusión, el Código de Minería, etc.¹⁵⁴ Lo cierto es que, al cumplirse los cinco años previstos

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ En el considerando 20 del voto en disidencia de ARGIBAY y PETRACCHI en el caso *Camaronera Patagónica S.A.* se señala que “la propia ley 26.519 puso en evidencia que, pese a haber transcu-

en la cláusula transitoria, el Congreso Nacional optó por prorrogar en bloque todas las facultades delegadas por esas 1900 normas y todos los decretos y resoluciones delegadas dictados por el PE por sus órganos dependientes, en función de esas facultades que le habían sido transferidas en manifiesta violación de la Constitución nacional.¹⁵⁵

Así se mantiene una deuda política, jurídica y social con nuestra Constitución nacional y la crisis jurídica hace que nuestro país no cuente con la confiabilidad necesaria para lograr revertir el deterioro y estancamiento en que se encuentra, mucho menos retomar sus burbujas de crecimiento.¹⁵⁶ El Estado es el primer gran violador ostensible del orden jurídico, dando el peor ejemplo de inconducta jurídica a todos los ciudadanos, se deslegitima como autoridad moral para pedir a los demás el cumplimiento del orden jurídico que él ostentosa e impunemente transgrede de modo manifiesto, continuo, obcecado, desafiante, obsceno e impúdico en el enriquecimiento ostensible de sus gobernantes. No asombra que luego los piquetes encapuchados lo desafíen a él, aunque manifiesten apoyarlo.

No se olvide que la caducidad es de la “legislación delegada,” lo cual incluye tanto las leyes de delegación como de las normas dictadas en su consecuencia. Téngase presente además que no pueden ratificarse por ley las anteriores leyes de delegación en blanco, pues ahora son inconstitucionales; a lo sumo se podrían ratificar por ley las reglamentaciones dictadas en su virtud,¹⁵⁷ lo que parece un desatino habiendo alternativa razonable por la vía de la autoridad regulatoria independiente. Por otro lado, el principio de la desregulación que signa la actual política estatal no parece compadecerse con el nivel de detallismo que encontramos en la mayor parte de las reglamentaciones de las llamadas autoridades de aplicación. Por inadvertencia o deliberadamente, crean costos artificiales al fabricante u oferente a través de nuevos y siempre cambiantes requisitos técnicos sin un claro y proporcional beneficio público. Allí la regulación resulta en mayores

ruido más de diez años desde el vencimiento del plazo de cinco años que el convencional le concedió al Congreso para expedirse, éste ni siquiera ha logrado establecer cuáles son las leyes que delegan facultades; cuáles de ellas se encuentran vigentes, modificadas, derogadas o son de objeto cumplido, ni si las materias se corresponden con lo regulado por el art. 76 de la Constitución Nacional, razón por la que se ha decidido crear en el seno del Poder Legislativo una comisión bicameral especial con el fin de «revisar, estudiar, compilar y analizar ... la totalidad de la legislación delegante pre-existente ...» (art. 3º de la ley 26.519).”

¹⁵⁵ De esta manera, se hizo realidad lo que, de alguna manera, anticipó el convencional QUIROGA LAVIÉ en la Convención Constituyente de 1994: “No podrá interpretarse que habrá ratificaciones para establecer inconstitucionalidades porque ello significaría que en el futuro coexistirían dos regímenes, uno prohibido por la nueva Constitución y otro ratificadorio del pasado cuando se hayan delegado potestades que actualmente esté prohibido delegar.” (Considerando 15 del voto en disidencia de ARGIBAY y PETRACCHI en el caso *Camaronera Patagónica S.A.*)

¹⁵⁶ Ver DIANA, NICOLÁS, “La teoría de la burbuja,” *RPA*, 2009-1: 25-28.

¹⁵⁷ Así intentaron hacerlo las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135, pero no la ley 26.519, por lo cual la validez de las regulaciones dictadas al amparo de las leyes delegantes comprenderían aquellas emitidas hasta el 24-VIII-06.

precios o inferior calidad, y desabastecimiento como en la vieja Unión Soviética o en Cuba. En tales casos el aparato administrativo sólo se ha alimentado a sí mismo, no ha servido a los usuarios ni controlado a los oferentes o prestadores.

17.3. *El caso de los entes reguladores creados por ley*

En el caso de los entes reguladores independientes creados por ley esos problemas no se presentan de igual modo, en primer lugar porque es la propia Constitución la que les instituye el objetivo expreso de regular; en segundo lugar porque la participación ciudadana que puede darse en ellos, aunque limitada, permite un diálogo institucional que a veces previene excesos reglamentarios.

17.4. *La necesaria creación de autoridades regulatorias independientes en las áreas de delegación legislativa que caducan en 1999/2004/2006/2008/2009/2010. Quo usque tandem Catilina?*¹⁵⁸

En el caso no infrecuente de organismos desconcentrados de la administración nacional que actúan en la aplicación de la ley, su transformación en autoridades regulatorias independientes se hará imperativa si se desea mantener con algún sustento constitucional el andamiaje normativo armado durante décadas de intervencionismo estatal en cada sector que ha sobrevivido a la desregulación. Claro que tales entidades deben ser auténticamente independientes y no ejecutoras ciegas de políticas en ocasiones descabelladas.

18. *El procedimiento regulatorio: La audiencia pública*¹⁵⁹

La regulación de actividades requiere así en primer lugar la autoridad regulatoria, pero también cabe agregarle el procedimiento regulatorio, pues es constitucionalmente necesario realizar una audiencia pública antes de establecer cualquier norma que vaya a afectar al universo de usuarios o afectados. Ello se aplica trátese de una reglamentación, reajuste tarifario, renegociación contractual con el concesionario o licenciatario, prórroga de plazos o condonación de multas o de plan de inversiones, etc. Cabe además tener presente la doble intervención que la Constitución garantiza a los usuarios del servicio y asociaciones de consumidores: Primero, junto a las Provincias, el derecho a tener representantes en el directorio del ente, con voz y voto. Segundo, debe recordarse el derecho junto a los usuarios y afectados, asociaciones de consumidores y el Defensor del Pueblo, a oír y ser oídos, producir prueba y alegar antes que una decisión que afecte sus derechos o intereses sea tomada. Y que la decisión haga consideración fundada de las principales argumentaciones vertidas. El recaudo de la audiencia pública

¹⁵⁸ La cita completa es desde luego *Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?* Más de diez años de delegaciones inconstitucionales del Congreso al Poder Ejecutivo es demasiado.

¹⁵⁹ Ampliar *infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública."

se aplica a la regulación del servicio,¹⁶⁰ fijación o modificación de la tarifa, re-negociaciones contractuales de concesiones o licencias de servicios públicos que suelen incluir todo: Plan de obras e inversiones, tarifas, a veces incluso el plazo.

19. *Un proyecto para la transición*

La Constitución de 1994 imponía para el 1999 una transición hacia la legalidad democrática del Estado de Derecho, abandonando al reglamento autónomo o delegado como fuente de regulación de actividad de los particulares, a menos que emane de autoridades regulatorias independientes, libres de intervención, avocación, alzada, jerarquía o tutela, normas generales o particulares de la administración central. El Congreso creó sucesivamente una nueva fecha, *ex nihilo*, que llegó hasta el 24 de agosto del 2010.¹⁶¹

Pensando que el tiempo no sobraba demasiado, propusimos una ley para ese momento, pese a lo cual vencida la vigencia de la ley, una vez más se eludió el tema:

Art. 1°.- A partir de la publicación de la presente ley, todos los órganos desconcentrados y entes descentralizados de la administración pública nacional que ejerzan facultades regulatorias sobre actividades no estatales, sean tales facultades delegadas o subdelegadas, en virtud de una ley formal del Congreso de la Nación conforme al procedimiento previsto en la Constitución nacional, se regirán por las normas de la presente ley.

Art. 2°.- Dichos órganos y entes serán considerados autoridades regulatorias independientes, con personalidad jurídica propia y facultades para actuar en juicio como actor o demandado.

Art. 3°.- Ejercerán, en cada caso previa audiencia pública y en forma primaria y exclusiva salvo ley del Congreso de la Nación, las facultades que les hubieren sido delegadas o subdelegadas en virtud de la ley referida a su competencia, inclusive las que antes ejercieran el Poder Ejecutivo, los Ministros del ramo, Secretarios o Subsecretarios de Estado u otros organismos de la administración nacional.

Art. 4°.- Ninguna autoridad administrativa salvo las autoridades regulatorias independientes dictará normas que establezcan obligaciones o prohibiciones a actividades particulares o de entidades no estatales en general; las que se dictaren en contravención a esta disposición se reputarán jurídicamente inexistentes.

Art. 5°.- En materia de emisión y aplicación de normas generales o reglamentarias sobre actividades de entidades no estatales, inclusive sanciones, el Poder

¹⁶⁰ Dice coincidentemente MAIRAL, en el *Prólogo* al libro de GUAJARDO, *op. cit.*, p. 12, que “Urge, por ello, elaborar garantías procedimentales que prevean, entre otros recaudos, la audiencia pública como oportunidad para que los intereses que se verán alcanzados por la reglamentación en proyecto puedan hacer oír sus puntos de vista.”

¹⁶¹ Ver nuestra nota “24 de agosto de 2009: ¿El Congreso asumirá su responsabilidad?” LL, 14-VIII-09, Opinión de los Directores, pp. 1-2.

Ejecutivo nacional y sus órganos dependientes de la administración central carecerán de facultades de intervención, avocación, jerarquía propia o impropia, tutela administrativa, o emisión de normas o instrucciones generales o especiales respecto a las autoridades regulatorias independientes.

Art. 6°.- No procederá el recurso de alzada contra los actos, hechos u omisiones de las autoridades regulatorias independientes, quedando expedita la vía judicial ante la justicia de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal cuando la ley no hubiere dispuesto un recurso directo ante la Cámara.

Art. 7°.- Las autoridades regulatorias independientes que no tuvieren en su directorio un representante de las Provincias y uno de los usuarios, ambos con voz y voto, procederán a incorporarlos en tal carácter mediante procedimientos públicos de selección, dictamen de auditoría externa y previa audiencia pública.

Art. 8°.- En caso de existir más de tres representantes de la administración nacional en el Directorio de las autoridades regulatorias independientes, su número se reducirá progresivamente a tres mediante el siguiente procedimiento: Se hará un sorteo público por el cual se determinarán quiénes deberán dejar su sitial en el directorio y retomar sus funciones en la administración central, en plazos sucesivos de dos, cuatro y seis años, respectivamente y según el caso. El cargo así vacado se considerará suprimido de pleno derecho.

Art. 9°.- Los integrantes de los directorios de los entes reguladores en representación de la administración central, podrán desempeñarse simultáneamente en otros cargos de la administración central, pero si los tuvieren estos les serán mantenidos hasta la oportunidad prevista en el artículo anterior.

Art. 10.- Los entes reguladores creados por decreto o reglamento de necesidad y urgencia quedan ratificados con carácter de ley con los alcances y modificaciones que resultan de la presente ley.

Art. 11.- El Poder Ejecutivo elaborará el listado de los demás órganos y entidades de la administración central, cualquiera sea su calificación o denominación, que quedarán también comprendidos en la presente ley y adoptará las demás medidas necesarias en su ámbito para la aplicación de la presente ley.

Art. 12.- Hasta tanto se dicte el Decreto a que se refiere el artículo anterior, ningún órgano o ente que no estuviere creado por ley formal del Congreso de la Nación podrá emitir normas regulatorias de actividades no estatales ni de otro modo establecerles deberes o prohibiciones.

Art. 13.- Sin perjuicio de lo que además disponga el Poder Ejecutivo en virtud del artículo 11, considéranse comprendidos en la presente ley la Administración Federal de Ingresos Públicos,¹⁶² el Ente Nacional Regulador de la Electricidad,

¹⁶² No incluimos el B.C.R.A., pues ya tiene normativamente autonomía del Poder Ejecutivo y además porque pensamos que al presente la solución ya debe ser de tipo internacional. Ver nues-

el Ente Nacional Regulador del Gas, Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, Autoridad Regulatoria Nuclear, Inspección General de Justicia, Comisión Nacional de Valores, Superintendencia de Seguros de la Nación ...

20. *No hay alternativas*

Ya hemos oído repetidamente que el Poder Ejecutivo y la Justicia podrían intentar zafar de cumplir y hacer cumplir la Constitución, recurriendo a las antiguas figuras preconstitucionales de la “zona de reserva de la administración,” o el ya mencionado “reglamento autónomo.” (se podría agregar la siempre útil “cuestión no justiciable,” para no desperdiciar recursos del *Ancién Régime*.)

Se pierde así de vista que tales enunciados sirven solamente para el ámbito interno de la administración, no para limitar derechos o fijar deberes a los particulares y entidades no estatales en general. Por otra parte, no están previstos en norma o principio alguno de la Constitución de 1994 y bordean peligrosamente los arts. 29 y 36 del texto constitucional.

Sugerimos una respetuosa relectura de tales normas antes de consagrar nuevos regímenes de facto, no ya por acceso ilegítimo al poder, sino por ejercicio ilegítimo e inconstitucional de él. En materia de concesiones y licencias de servicios públicos con base contractual específica, el contrato seguirá rigiendo, claro está y podrá la administración eventualmente imponerle modificaciones por su potestad como concedente: Hasta se puede desempolvar la centenaria teoría germánica de las “relaciones especiales de sujeción,” que algún precedente puede invocar en la “doctrina” de algún fallo. En materia de servicios públicos, en consecuencia, no hay problemas urgentes surgidos al 24 de agosto del 2010, pues la justicia es graciable y generosa, perdonadora. ¿Pero cómo se piensa que se podrá regular la actividad de la bolsa, de los títulos valores, los seguros, la tutela de la salud y el ambiente, la sanidad animal y vegetal, los productos farmacéuticos, todo en definitiva lo que hemos estado viendo a lo largo de este capítulo?

Una solución posible, pero no la vemos en el *animus* colectivo, es que los problemas que se vayan presentando los vaya resolviendo la jurisprudencia, formando de a poco un *corpus iuris*. Ello requeriría años de litigios y de incertidumbre hasta tanto las soluciones se vayan asentando. Los jueces acostumbrados a invocar decretos o resoluciones administrativas en sus sentencias tendrán dificultad en resolver un caso nuevo de derecho, aplicando tan sólo la ley, la Constitución y los tratados y normas internacionales de ellos derivadas, sin muletas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo, sus ministros y secretarios o subsecretarios de Estado. Es un mecanismo posible, pero llevará muchos años armarlo y provocará

tras notas “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-D,1453; “G-8, UE, FMI, Argentina,” *LL*, 2002-E, 927.

muchas úlceras en un país acostumbrado a la mini-certeza de la micro-mini-norma.

Si el Poder Legislativo no enfrenta a tiempo el problema y no adopta alguna solución al estilo de la contemplada en el art. 42 de la Constitución, que en el párrafo precedente hemos esbozado como proyecto de ley, mucho tememos que los jueces —con tanto *horror vacuis* como el que más— no tendrán más remedio que acudir a principios iusnaturalistas de seguridad jurídica, continuidad, estabilidad, etc., para mantener —a pesar de todo— el *status quo ante*, como ya ha empezado a hacer —como se dijo— la Corte Suprema.

Pero eso solamente les permitirá por algún tiempo seguir aplicando las viejas normas dictadas en virtud de la antigua legislación delegada. No les servirá para cohonestar las nuevas normas que nuevos funcionarios quieran seguir dictando. Cuando las viejas normas pierdan sustento fáctico, no habrá más remedio que enfrentar el problema en toda su magnitud y tomar una decisión de gobierno en el mejor sentido de la palabra. Y honestamente no pensamos, o por lo menos no se nos ocurre al presente, ninguna solución constitucional que vaya por carriles muy diferentes a los que hemos ensayado en el párrafo anterior. Allí no hemos volcado nuestra opinión sobre un sistema idealizado a partir de un modelo conceptual, aristotélico, ni esencialista. Hemos tratado tan sólo de desentrañar el sentido del actual sistema constitucional. Que él se aproxime al modelo norteamericano no es nuestra decisión ni nuestra opinión, es la decisión y la opinión de la Convención Constituyente que por unanimidad aprobó la Constitución que nos rige. En todo caso y a fuer de sinceros, preferimos imitar a un sistema que lleva más de dos siglos de razonable democracia, que a los modelos totalitarios que nos proponen la “zona de reserva de la administración,” el “reglamento autónomo,” las “relaciones especiales de sujeción,” los “actos institucionales” o de “gobierno” y las “cuestiones no justiciables,” “el derecho de la necesidad,” el “derecho de la emergencia,” con más todas las teorías que se quieran buscar en el pasado preconstitucional de países con vestigios autoritarios y en alguno que otro fallo local que bordea el abismo de la condena histórica. No proponemos, no, leer que la nueva Constitución impone un mundo sin normas administrativas (¿la eventualidad despertaría el horror?). Tan sólo decimos que la nueva Constitución sólo las admite dentro de un nuevo modelo institucional y procedimental:

a) Autoridades regulatorias independientes con participación decisoria en su Directorio de Provincias y usuarios o administrados;

b) procedimientos ineludibles de audiencia pública previa;

c) independencia absoluta e incondicionada de controles jerárquicos, dealzada, intervención, tutela o reglamentaciones de la administración central;

d) control judicial amplio y directo, sin limitaciones, sin excusas, sin ambages. Ya lo hemos visto en el cap. VI para los servicios públicos y es la única solución para el resto del sistema regulatorio administrativo, si se desea su continuidad.