

## **A PROPÓSITO DE LA TRANSFERENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE A LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.**

ENTE UNICO REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. STATUS JURÍDICO. FUNCIONES.

### **I. Un acercamiento al tema tratado.**

En la actualidad, y como consecuencia de la transferencia de la competencia del servicio público de transporte de pasajeros a la Ciudad de Buenos Aires, resulta interesante referirse al EURSP, que tendrá injerencia en la prestación del servicio, una vez transferidas las funciones.

#### ***I.1 Regulación, criterio y aplicación del concepto en nuestro país.***

A raíz del proceso de privatización y concesión de Servicios Públicos, realizado en la década del 90 en nuestro país, se asoció normalmente el término regulación con ese proceso. Si bien ello pudo obedecer al modo puntual en que se desarrolló y al hecho de que los entes reguladores más modernos (y quizá más conocidos como tales) han sido creados con motivo de tal privatización, la regulación, ha existido desde mucho tiempo atrás, tanto en nuestro país como en el exterior, especialmente en los EEUU de América, donde tuvo su mayor desarrollo y en la Inglaterra de la década del 80.

Podemos decir que la regulación es un conjunto específico de directivas obligatorias que son aplicadas por órganos específicamente creados al efecto y como una deliberada influencia estatal en un determinado campo económico o sector de actividades,

Si bien el concepto de regulación y la teoría regulatoria se desarrolló mayormente luego del proceso de privatizaciones, ésta no está atada a la existencia de entes reguladores puesto que cualquiera sea la institución concreta que la ejerce o ejecuta, la regulación no deja de ser una modalidad identificable de actividad gubernativa. Así, las normas de salud pública, seguridad en el trabajo, condiciones de empleo o control del medio ambiente, son también regulación, aun cuando su fijación o fiscalización no haya sido realizada por lo que hoy llamamos entes reguladores independientes.

Podemos ver a la regulación desde dos ángulos: como una actividad que restringe y evita el desarrollo de algunas conductas no deseadas, o por el contrario, como una actividad gubernamental facilitadora o permisiva de ciertas actividades. .

La doctrina ha entendido que el concepto de regulación es amplio y por tanto susceptible de diversos contenidos, en consecuencia, son diversos los órganos y las modalidades con que esta regulación se practica.

En la teoría regulatoria se suele hablar de distintas instituciones u órganos de regulación. Así pueden distinguirse: 1). La autoregulación; 2). La regulación local (entendiendo por tal la que desarrollan los niveles municipales o provinciales de gobierno); 3). La regulación parlamentaria (control parlamentario); 4). La regulación que realizan los tribunales; 5). La regulación desarrollada por Ministerios o Secretarías (órganos centralizados); 6). Las agencias reguladoras; 7). Particularmente en el Reino Unido, la figura del *Director General* o el Director General de las agencias de regulación

Analizaré ahora las ventajas y desventajas de estos distintos tipos de regulación.

Respecto de la autoregulación que por ejemplo realizan los colegios profesionales, el periodismo o las instituciones médicas o científicas, se puede decir cuenta como ventaja con el conocimiento especializado permanente con respecto a la materia regulada pero como desventaja pierde en cuanto a la transparencia y responsabilidad frente a la comunidad en general.

La regulación que realizan los órganos centralizados es fuerte en cuanto a la coordinación permanente que mantienen con el gobierno pero muestra flaquezas en su neutralidad e imparcialidad.

Las agencias reguladoras tienen características positivas en cuanto al profesionalismo y experiencia en el sector regulado, pero muchas veces son débiles en cuanto al contacto con el público usuario y la transparencia de sus procedimientos. A su vez, la neutralidad que tienen para resolver casos concretos puede verse obstaculizada por las preocupaciones de establecer una política sectorial a largo plazo, y similarmente, la planificación a futuro se puede dificultar por la necesidad de convocar audiencias y procedimientos de consulta en general.

Desde otro punto de vista, quizá más político, se ha dicho: “La crisis del Estado de Bienestar condujo a un replanteamiento de sus funciones a través de la transferencia de actividades, otrora desarrolladas por éste, hacia el sector privado. Así las cosas, en Argentina, con la sanción de la ley 23.696 de Reforma del Estado y la 23.697 de Reforma Económica, fue posible la privatización y desregulación de un gran número prestaciones de

naturaleza estatal. De este modo el Estado Nacional se desprendió de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) o de Aerolíneas Argentinas (AA).

Si bien la libre concurrencia, la propiedad privada y la libertad de empresa adquieren dentro del mundo económico una relevancia preponderante, no configuran bajo aspecto alguno prerrogativas absolutas. Nuestro ordenamiento jurídico posee una serie de normas que tienden a restringir tales derechos a fin de tutelar adecuadamente el bienestar general, siendo ilustrativo el art. 14 de la Constitución Nacional, el art. 29 inc. 1, 2 y 3 la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o el art. 32 inc.2 del Pacto de San José de Costa Rica. También la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se ha expedido en un sentido similar.

Por otra parte el orden económico contemporáneo se nos manifiesta representado por sociedades multinacionales, transnacionales y pluriterritoriales, es decir, grandes grupos empresariales que a través de la hábil práctica de su poderío económico ejercen su fuerza de presión a fin de obtener privilegios o ventajas que, a la postre, se traducen en un claro perjuicio al interés general. "El paso de un sistema de economías nacionales a una única economía global también tiene el efecto de socavar las democracias existentes. El poder se está desplazando hacia manos de las grandes corporaciones transnacionales y alejándose de las instituciones parlamentarias". Es entonces cuando debe tomar cuerpo la idea de la intervención gubernamental pues, como sostiene Lewis, ni aún "el más grande apologista del laissez-faire ha sugerido jamás que no debiera haber Estado. Todos convienen en que existe un mínimo de funciones para las cuales es absolutamente esencial"

La experiencia mundial nos muestra que la libertad de mercado debe ser acompañada de adecuados mecanismos de regulación pública y en tal sentido el Estado está llamado a cumplir un papel estratégico en la garantía del bien común. La circunstancia de haberse procedido a su reforma no debe significar un repliegue de su rol interventor. Si hoy el Estado ha dejado de ser empresario o prestador de servicios no puede resignar su potestad reguladora y, contrariamente a lo que algunos opinan, deberá ejercerla sabiendo poner coto a aquellas circunstancias que impliquen una supremacía de los intereses individuales sobre los comunes o colectivos<sup>1</sup>”.

## ***I. 2. Los entes o agencias reguladoras***

Se puede caracterizar a los entes reguladores como órganos que actúan en representación de la Administración, desempeñan competencias de ésta última pero no son Ministerios ni Secretarías. Utilizando términos de nuestro derecho administrativo, no son

---

<sup>1</sup> “Ente regulador de Servicios públicos de la Ciudad”. Por Edgardo De Paola.

desconcentraciones sino entes autárquicos, con personalidad jurídica propia y con una independencia de criterio mayor al que cuenta cualquier otro organismo de esta naturaleza jurídica. En una estructura organizativa típica, los entes reguladores deberían diferenciarse de cualquier otro ente autárquico, puesto que sus normas de origen, los suelen dotar de mayor autonomía que a un par pero que no tiene asignado el cometido de contralor de la prestación de un servicio público.

La característica distintiva de las agencias reguladoras es que combinan el ejercicio de todas las funciones gubernamentales, que tradicionalmente están repartidas entre los distintos órganos de poder. En efecto, los entes deciden disputas entre partes, aprueban reglamentos y tiene capacidad para aplicar estas disposiciones o las que aprueban otros cuerpos como el Congreso Nacional o la Legislatura local, los Ministros o el Poder Ejecutivo. Respecto de esta característica de los entes reguladores, ha dicho Alberto Bianchi que las agencias de control son “*estados dentro del estado*” puesto que concentran el ejercicio de la función administrativa, legislativa y jurisdiccional.

La falta de sometimiento a un poder jerárquico los coloca en una situación más favorable para realizar un control especial y continuo y con la neutralidad, imparcialidad e independencia que difícilmente pueda darse en los órganos políticos.

El surgimiento de nuevas tecnologías y la complejidad de los problemas sociales requiere de decisiones de expertos y las agencias pueden atraer personal de alta capacitación y entrenarlos como profesionales de carrera en particulares sectores de regulación. En ese sentido, los entes favorecen la aparición de una “burocracia” especializada, es decir de un funcionariado experto en los temas regulatorios centrales.

Otra ventaja de las agencias reguladoras es que ayudan a dotar a la regulación de previsibilidad y sustentabilidad en el tiempo. En comparación a los órganos concentrados, como los ministerios y las secretarías, la estabilidad de la que gozan los directorios de los entes favorece el mantenimiento de un alto grado de continuidad en las políticas y deja de sujetarse a los vaivenes de los cambios de funcionarios políticos de los órganos centralizados.

## **II. El Ente Unico Regulador de los Servicios Públicos.**

### ***II. 1. Encuadre constitucional y legal.***

El constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, le ha dado jerarquía constitucional, consagrándolo en los artículos 138 y 139 de la CCABA. En virtud de ello, la obligatoriedad de su creación y la legitimación de sus funciones deriva directamente del texto constitucional y por ello no requiere como en el orden nacional, de ningún esfuerzo interpretativo a partir de la mención que efectúa el artículo 42 a los “*organismos de control*”.

Por otra parte y a diferencia de varios de los entes del orden nacional, el ente único regulador de los servicios públicos de la

CABA, ha sido instituido por una norma legal, lo que lo sustrae de cualquier modificación de estructura o recorte de funciones por vía reglamentaria.

El texto legal, en mi criterio, introduce mecanismos aptos para lograr la independencia, neutralidad y profesionalidad del regulador.

Los señalo: En primer lugar, el ente es autárquico, lo que implica la inexistencia de una relación de poder jerárquico y la facultad de administrar con autonomía sus recursos propios.

Aunque ha sido instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo (lo que implica que no se trata de un órgano extra-poder), este no ejerce sobre el ente un poder de control o de jerarquía, independientemente de las relaciones de coordinación y complementación que la ley señala. Esta “independencia” esta garantizada no sólo porque la ley dispone que el ente posee “independencia funcional” (art. 1º) sino también porque excluye la procedencia del recurso de alzada (art. 23), le impide al Poder Ejecutivo intervenir *por sí* sólo el organismo -exige el acuerdo de la Legislatura con una mayoría calificada de 2/3-. También cuenta con recursos propios, provenientes de una asignación presupuestaria específica (art. 16).

La necesidad de contar con profesionales y técnicos altamente entrenados en la materia (el funcionariado “de línea”), con que se fortalece la regulación por entes agencias, ha sido receptada puesto que la ley requiere conocimientos específicos tanto a sus directores (el art. 5º inciso a) dice que *deben ser profesionales expertos y tener dedicación exclusiva*) como a los cargos ejecutivos de la estructura orgánica (art. 17)



También contribuye a facilitar el accionar autónomo del ente, el procedimiento de designación y de remoción de los miembros del Directorio, dado que todos sus integrantes son designados por la Legislatura con mayoría absoluta, previa sustanciación de una audiencia pública, el Presidente a propuesta del Jefe de Gobierno y los restantes miembros, a propuesta de los distintos bloques de la Legislatura y con la obligación de que uno de los directores sea miembro de organizaciones de usuarios y consumidores.

El sistema elegido exige pluralismo, convivencia democrática de sus integrantes y garantiza la participación a nivel *directivo* de las asociaciones de usuarios y consumidores. A su vez tanto la remoción de los directivos como la intervención del organismo requiere el voto calificado de la Legislatura y por ende es otro mecanismo que favorece la independencia de criterio del organismo (art. 8º y 24).

Por otra parte, la ley asegura la participación de las organizaciones representativas de los usuarios en el Directorio del Ente.

La regulación legal se muestra, en este punto superadora de la nacional. Esta vez con respecto al modo de garantizar la intervención de las asociación de usuarios en el ente único, puesto que uno de sus vocales tiene que ser propuesto por las organizaciones de defensa de los consumidores. La clara norma de la Constitución en este sentido evita la discusión habida en el orden nacional, que fluctua entre quienes demandan una intervención consultiva o directiva en los órganos regulatorios, que en algunos casos todavía nunca llegó a instrumentarse en la práctica.

El mandato de los directores dura lo mismo que el del Jefe de Gobierno y de los legisladores. Quizá sea este un punto que muestra cierta debilidad en la norma. Si bien existe la posibilidad de reelección por un nuevo período, estimo que las fórmulas de escalonamiento de mandatos que contemplan por ejemplo los marcos regulatorios eléctrico y el gasífero favorecen la autonomía regulatoria porque la suerte del Directorio queda disociado de la alternancia política obligatoria y al prolongarse por un tiempo adicional a los órganos políticos, fomenta el mantenimiento de una línea o estilo regulatorio. De cualquier modo, atento la elección de los directores, se produce con posterioridad a la de los diputados, la crítica en este punto se ve aminorada.

Un tema destacado es la legitimación procesal. Está potestad que le asigna al Ente Unico la propia Constitución local, está consagrada expresamente en el inciso q) con la particularidad de que se dispone que esta legitimación se ejerce por conducto o con el auxilio de la Procuración General.

En el debate parlamentario se discutió esta atribución, puesto que era entendida por algunos legisladores como un menoscabo a la legitimación procesal del Ente. Reconozco que la alusión a la necesaria intervención de la Procuración me genera ciertas dudas dado que si bien este órgano tiene a su cargo la representación judicial del Gobierno de la Ciudad, como la ley n° 210 le asigna atribuciones al ente para controlar servicios que podrían ser prestados por órganos públicos, no llego a imaginarme la solución concreta que debería adoptarse en estos casos, inclusive desde el plano estrictamente procesal.

Esta es una situación límite, puesto que si bien el ente único es independiente, no deja de formar parte del Poder Ejecutivo local y

en última instancia es un órgano de gobierno con lo cual sería escandaloso pensar en la traba de una controversia judicial entre órganos pertenecientes al mismo poder. Desde esta perspectiva podría pensarse que la coordinación con la Procuración General responde a razones históricas o de tradición en cuanto al modo en que el Gobierno de la Ciudad canaliza su intervención en procesos judiciales.

## **II. 2. Atribuciones y funciones.**

El Ente Unico Regulador, combina funciones administrativas, algunas reglamentarias y jurisdiccionales, y es justamente esta competencia ampliada, considerada en su comparación a la de los

órganos centralizados tradicionales, lo que caracteriza a las agencias regulatorias y las fortalece para desarrollar sus cometidos regulatorios. Pero en el ente de la Ciudad son suficientes las funciones regulatorias?

“El constituyente porteño, siguiendo la senda trazada por la reforma de 1994, plasmó en la Carta Magna local una serie de derechos vinculados a la protección de usuarios y consumidores, los cuales representan el sustrato jurídico para la formación y desarrollo de la labor de futuro Ente Único Regulador.

Siguiendo la experiencia del art. 42 de la Constitución Nacional, la Ley Suprema de la Ciudad consagró en forma íntegra el capítulo decimoquinto a la protección de consumidores y usuarios (art. 46, CCBA). En sintonía con sus prescripciones los constituyentes locales crearon el llamado Ente Único Regulador de los Servicios Públicos (arts. 138 y 139) cuya naturaleza jurídica y caracteres se puede resumir en los siguientes puntos:

1) Es un ente autárquico: Comparte los tres elementos propios e integrantes de la autarquía: "...personalidad jurídica propia; «sustratum» económico - financiero que permita la constitución de un patrimonio de afectación a fines determinados y el cumplimiento de una finalidad específicamente estatal, es decir, no industrial o comercial"

2) Es instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo: A diferencia de lo que ocurre en el nivel nacional, el Ente no ha sido creado en el ámbito de algún ministerio o secretaría sino que ha sido concebido en el marco del Poder Ejecutivo.

3) Tiene personería jurídica propia: El constituyente local aquí también adoptó otra de las características fijadas para los entes reguladores nacionales, es decir la facultad para actuar en nombre propio, emitir normas, celebrar contratos, etc.

4) Goza de independencia funcional: El Ente, en el ejercicio de su misión, es ajeno a todo tipo de influencia u orden proveniente de empresas controladas, otros organismos y el poder político. Resulta relevante el concepto de independencia funcional pues constituye el pivote sobre el cual girará su actividad.

5) Posee legitimación procesal: El art. 138 de la Carta Magna porteña reconoce la cualidad del organismo para solicitar una sentencia favorable respecto de un objeto litigioso.

6) Su competencia está determinada por el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos.

7) Esta constituido por un directorio, integrado por cinco miembros, que deben ser profesionales expertos: La Constitución de la Ciudad organiza la estructura jerárquica del Ente Unico Regulador sobre la base de un directorio integrado por cinco miembros que deben ser profesionales expertos. Se introduce así la condición de idoneidad en su dirección, requisito sine quanon para el correcto desempeño en las tareas establecidas por la Carta Magna local o que la legislación le encomiende.

Los integrantes del Directorio son designados por la Legislatura mediante la mayoría absoluta del total de sus miembros, previa presentación en audiencia pública de los candidatos. El Presidente es nombrado por el Poder Ejecutivo en tanto que los vocales son elegidos por la Legislatura, debiendo garantizar pluralidad en la representación. Asimismo la Constitución de la Ciudad impone la integración de una de las vocalías con un representante de organizaciones de usuarios y consumidores.

Por otro lado la Constitución establece una clara prohibición para ser miembro del directorio: sus integrantes no podrán directa ni

mediatamente tener relación alguna con los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos”<sup>2</sup>.

Por otra parte, a diferencia de sus similares en el orden nacional, el Ente Unico no cuenta con una cláusula atributiva de competencia residual o implícita, del orden que lo faculte para “*en general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones*”, cláusula que por otra parte ha sido interpretada con limitaciones por la jurisprudencia de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo.

#### Atribuciones administrativas:

Al ente único regulador de la CABA, le corresponde la función de fiscalización y control.

Destaco en este punto que en el debate parlamentario que precedió la sanción de la ley n° 210 se cuestionó el diseño de la ley puesto que se lo consideraba mucho más acotado que el que instrumentaba la ley n° 99, que terminó siendo vetada por el Poder Ejecutivo local. Sin embargo creo que los incisos a); b) y e) delimitan generosamente el marco de competencia del organismo, que por ende tiene atribuciones para efectuar el seguimiento de los contratos vigentes y para velar por el cumplimiento y por la aplicación de los marcos regulatorios respectivos en aras de proteger la calidad de los servicios, la defensa y protección de los derechos de los usuarios y consumidores, la competencia del mercado y el medio ambiente.

En mi criterio, la circunstancia de que el Ente Unico haya aparecido en el escenario contractual con posterioridad a la celebración de estos, no le impide desplegar sus competencias asignadas legalmente puesto que de las disposiciones legales puede inferirse que el legislador

---

<sup>2</sup> “Ente regulador de Servicios públicos de la Ciudad”. Por Edgardo De Paola.

introdujo una disociación entre los roles de Poder concedente y de autoridad de contralor.

Evidentemente, el Ejecutivo local y/o las Secretarías que le dependen retienen la facultad de diseñar los instrumentos contractuales, efectuar el procedimiento de selección de los contratistas y en definitiva, adjudicar el servicio pero el seguimiento del contrato, el control del cumplimiento de sus cláusulas le cabe al ente único por imperio de lo dispuesto en el artículo e) de la ley n° 210.

Entiendo que la creación de un organismo específico importa introducir una modificación en los contratos vigentes en cuanto al organismo que concretamente ejercerá la supervisión del contrato. Ello no puede verse como una afectación a la seguridad jurídica ni a las pautas contractuales puesto que por aplicación de la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia ningún prestador podría alegar un derecho irrevocablemente adquirido a ser controlado por uno u otro órgano del Estado local, ya que se trata de una función puramente administrativa y por ende privativa de los órganos públicos.

Respecto de la conformación de los marcos regulatorios que el ente debe aplicar, es necesario retener que ellos constituyen un bloque complejo, integrado por las disposiciones reglamentarias y contractuales aplicables a cada uno de los servicios públicos enumerados en el artículo 2° de la ley –lo abigarrado y heterogéneo del conjunto surge a simple vista, del anexo que aparece en el decreto promulgatorio de la ley, en el que se invocan todas las disposiciones complementarias aplicables-

Atribución sancionatoria:

Esta función ratifica que el Ente Unico desempeña el rol de autoridad de aplicación de los contratos vigentes. Obsérvese que el *inciso l)* estipula que el Ente deberá aplicar las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes y el artículo 22 establece que el Ente aplica las disposiciones sancionatorias contenidas en las distintas normas de regulación de los servicios comprendidos en la ley. Esta circunstancia enfatiza, a mi entender que se trata de una nueva distribución de atribuciones, a favor del ente único y en detrimento de los concentrados.

#### Poder de policía de control

Se refiere al de la seguridad y estado de las instalaciones utilizadas para prestar los servicios está consagrado en el inciso m) en tanto se faculta al organismo a controlar el estado de las instalaciones y redes y en general el inciso n) en cuanto posee atribuciones para el resguardo del medio ambiente, la higiene y salubridad de los establecimientos que sirven para prestar los servicios.

#### Función tarifaria:

Es una función que se halla claramente recortada respecto de los entes del orden nacional. Y es en mi criterio una típica función regulatoria. Si bien en esta materia las soluciones legales a nivel nacional no son uniformes, en líneas generales, los entes nacionales poseen una competencia tarifaria más activa que los faculta para aprobar las tarifas e intervenir en sus actualizaciones periódicas, o al menos para establecer las bases para el cálculo de las tarifas.

El organismo en análisis, en cambio, solo puede analizar las bases de cálculo de los regímenes tarifarios –pero no establece estas bases,



ni menos aún las aprueba- con lo cual en este campo queda reducido a un rol meramente asesor del Poder Ejecutivo local, para que en caso de que halle como resultado de las evaluaciones que encare, alguna anomalía o distorsión o discriminación tarifaria, efectúe las propuestas del caso al Poder Ejecutivo que es el que cuenta con la potestad de la determinación tarifaria (conf. incisos **f** y **g**)).

Cabe destacar que la atribución que la ley n° 99 vetada le daba al organismo para intervenir en la modificación de la estructura de los regímenes tarifarios y de aprobar en forma previa las tarifas, era una solución más coherente con la función regulatoria asignada al ente. En el debate parlamentario el miembro informante del bloque de la Alianza (Dip. Casabé) fundó esta elección en la dispersión de los servicios que debe controlar el ente y en la existencia de diversos sistemas contractuales. Aludió también a una situación de hecho que es que algunas tarifas actualmente no las fija la Ciudad sino la Nación.

Entiendo entonces que, si bien estos argumentos son razonables, sobre todo porque en la práctica, el modo de calcular la remuneración del concesionario de recolección de residuos no parece muy cercano al que debiera aplicarse para fijar la tarifa del transporte público de pasajeros, con una visión de futuro, pensando en que con la conclusión del proceso de transferencia de funciones nacionales al orden local, en algún momento, la Ciudad podrá ejercer sin limitaciones sus atribuciones de regulación, entiendo que es más acorde a la naturaleza del organismo y a las funciones que le ha asignado la Constitución de la Ciudad que el ente tenga una intervención más directa en la materia aún cuando pueda admitirse que la aprobación tarifaria pueda diferirse a los órganos centralizados.

En cambio, entiendo que la participación del ente en esta materia quedaría extremadamente diluída, puesto que la única obligación legal que debiera respetar es la relativa a la obligatoriedad de convocar a una audiencias pública –conforme al inciso c) del artículo 13- que a su vez, tampoco esta autorizado a convocar por sí sino que debe solicitarle tal convocatoria al Poder Ejecutivo.

#### Funciones reglamentarias:

El Ente Unico se ve disminuido al respecto, en comparación con los órganos nacionales puesto que la atribución para dictar normas de carácter general sólo le es asignada por la ley n° 210 en materia de aplicación de sanciones, encuesta de opinión y de servicios y de reglamentos de tramitación de quejas y reclamos (incisos j); l).

Al ente de la Ciudad le falta la atribución para reglamentar las materias de seguridad, o procedimientos para el mantenimiento de los bienes afectados a la concesión. Asimismo, en cuanto a las facultades de diseño de los marcos regulatorios sectoriales, la ley solo le acuerda un rol de asesoramiento del Poder Ejecutivo –y debería entenderse que de ser solicitado, este asesoramiento también debería ser proporcionado al Poder Legislativo- al igual que en materia de renegociación contractual. En este sentido, el inciso t) del artículo 3°, dispone que el Ente Unico asiste al PEN a su requerimiento, en la elaboración de las políticas de planificación, gestión regulación y renegociaciones de los contratos de servicios públicos.

Este retaceo de funciones del ente, van acercando a la conclusión particular en cuanto a si posee todas las características de las agencias reguladoras. Si precisamente su función principal es controlar el

cumplimiento de los marcos jurídicos y de las obligaciones contractuales, es razonable que su intervención no quede sujeta a la decisión del Ejecutivo sino que se le garantice una intervención previa y obligatoria, independientemente de que sean los órganos políticos –ejecutivos o legislativos según corresponda- los que terminen aprobando las grandes directrices de los servicios regulados.

### Funciones jurisdiccionales.

La ley le ha asignado al ente único la atribución de resolver conflictos entre usuarios, prestadores y terceros interesados surgidos con motivo de la prestación de los servicios, siendo facultativo para los usuarios someterse a esta competencia. Sus decisiones son apelables por vía de un recurso directo ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (art. 21).

Respecto de si estas funciones son funciones administrativas o poseen realmente carácter jurisdiccional, excede el marco de este trabajo. Aunque destaco que para que pueda ser ejercida esta función por parte de un órgano del poder administrador, debe resguardarse la revisión judicial suficiente que ha sido entendida con distinto alcance por nuestra doctrina y jurisprudencia.

### Información al Consumidor

A su vez, la ley n° 210 le encarga al ente la realización de acciones concretas para garantizar el goce de los derechos que el artículo 46 de la Constitución de la Ciudad les reconoce los usuarios y consumidores. No sólo lo obliga a proporcionarles información fidedigna y a facilitarles el acceso a la información, sino que además le impone la realización de políticas de concientización de los derechos de los usuarios y

consumidores, a través de campañas de difusión e instrucción. Me consta que el Ente periódicamente desarrolla este tipo de jornadas, y sin ir mas lejos este encuentro de hoy hace al cumplimiento de este cometido legal.

En relación a la vinculación del Ente con los usuarios se ha expresado: **“El usuario frente al Ente Unico.** Como derecho de incidencia colectiva, la protección y defensa del usuario es un fenómeno mundial. Numerosas países han acogido, desde hace tiempo, la tutela de los derechos de consumidores y usuarios en sus respectivas legislaciones. Por su parte la Argentina brindó consagración constitucional al tema con la reforma de 1994 a través de su art. 42. Cabe ahora analizar el rol del usuario frente al Ente Unico, conforme a las pautas constitucionales locales y la legislación vigente en la materia como las leyes de Defensa del Consumidor, Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia.

**a) La ley 24.240.**

Si bien la Reforma constitucional de 1994 recogió la tutela de los consumidores y usuarios, debemos recordar que en 1993 se había sancionado la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Es importante destacar que el art. 41 de esta ley reconoció a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires potestades de vigilancia y control para su aplicación sobre aquellos hechos sometidos a su jurisdicción. Siendo la Ciudad Autónoma continuadora de la antigua Municipalidad (art. 5, ley 24.588) se constituye ipso jure en autoridad local de aplicación de la 24.240. En este sentido la Ciudad podría ejercer su competencia a través del Ente Unico Regulador en aquellos materias objeto de control y regulación que caen dentro de la órbita de la citada norma, siempre teniendo en cuenta las funciones concurrentes que la ley de Defensa del Consumidor reconoce a la Secretaría de Industria y Comercio (art.42)

**b) Ley de Defensa de la Competencia.**

En la esfera federal existe la ley 22.262 sobre Defensa de la Competencia por la cual prohíbe y sanciona a todos aquellos actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que limitan, restringen o distorsionan la competencia o que constituyen abuso de una posición dominante en el mercado, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general (art.1)

Por su parte la ley 22.262 contiene una instancia previa a la judicial a cargo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, la cual podrá ejercer sus facultades en cualquier punto de la República donde se hubieran realizado los hechos. En consecuencia el Ente Unico Regulador ante la existencia, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, de actos o conductas tipificadas por el art. 41 de la referida ley, cometidas por los sujetos objeto de contralor, podrá acudir ante la Comisión a fin de iniciar la pertinente etapa instructoria que establece la norma.

### **C) Ley de Lealtad Comercial.**

La ley 22.208, modificada por la 24.240, reconoce como autoridad local de aplicación a la Ciudad de Buenos Aires en todo lo referente al control y vigilancia de aquellas materias reguladas por la ley de Lealtad Comercial por hechos cometidos en su jurisdicción y que afectaren exclusivamente al comercio local, teniendo a su cargo la tarea de juzgar las presuntas infracciones cometidas dentro del citado marco legal. Asimismo la norma reconoce la facultad del gobierno local para establecer los organismos destinados a cumplir tales funciones. El Ente Unico Regulador podría ser una herramienta apta para el logro de tal objetivo”<sup>3</sup>.

### Audiencias Públicas

En esta materia la ley es susceptible de un doble análisis. Por una parte, es loable que haya consagrado a la audiencia como un

---

<sup>3</sup> “Ente regulador de Servicios públicos de la Ciudad”. Por Edgardo De Paola

procedimiento de convocatoria obligatoria en forma previa a aprobar resoluciones vinculadas con conductas lesivas de la libre competencia; realización de obras de envergadura; cargos tarifarios; la modificación de los reglamentos del servicio o renegociaciones contractuales.

Me parece criticable que el Ente no pueda convocarlas por sí mismo sino que necesite pedirle al Poder Ejecutivo local que lo haga. El inciso o) del artículo 3° estipula que el Ente debe “*requerir al Poder Ejecutivo la realización de audiencias públicas*” para lo cual eligió una fórmula nueva, que no existe en ningún marco regulatorio nacional, cuyas ventajas sinceramente no llego a imaginarme.

Al contrario, visualizo el surgimiento de potenciales situaciones de conflicto, tal como si por ej. el Poder Ejecutivo decide no convocar la audiencia porque disiente con la calificación jurídica de los hechos invocados por el ente. ¿O qué ocurriría si el PEN guarda silencio y el tiempo transcurre sin que la audiencia se materialice: qué actitud debería adoptar el Ente Unico en tales casos?

Creo que en este punto el legislador no ha realizado una elección feliz no sólo porque introduce innecesariamente probables rispideces entre el Ente autónomo y el Ejecutivo sino porque también conspira contra la sencillez, celeridad e informalidad del procedimiento de la audiencia pública. En el debate parlamentario se aludió al régimen de la ley n° 6 como justificativo del régimen propuesto pero tampoco veo que esta norma sea el sustento para privar al Ente de las atribuciones de convocatoria. Inclusive por razones de adecuada técnica normativa podría haberse incorporado otro artículo a la ley 6 para que todos los tipos de audiencia que pueden convocarse en el ámbito local se encuentren regidas por la misma norma.

Otro aspecto que también podría mejorarse es incorporando una causal de convocatoria de tipo residual, que facultara al Ente a requerir la realización de la audiencia pública en todos los casos en que lo estimara conveniente atento la importancia de los intereses en juego y la complejidad de las cuestiones a decidir.

Respecto de las funciones del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos, el Dr. Abel Fleitas Ortriz Rozas, ha sostenido: “El Ente, al cual corresponde de jure la competencia sobre los servicios públicos locales (y, en algunos aspectos, también sobre los interjurisdiccionales) pero, sin embargo, en la práctica el ejercicio de tales funciones se encuentra dispersa en organismos públicos nacionales, interjurisdiccionales y locales, sin que se haya efectuado una concreta y ordenada transferencia”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Facultades del Ente Unico respecto de los servicios públicos locales. Reseña las funciones del Ente respecto de los servicios prestados en el ámbito de la Ciudad de Bs.As., así como la transferencia de los organismos que actualmente ejercen competencias que corresponden a este organismo de la Constitución.  
Por | Abel Fleitas Ortiz de Rozas

### **III. Agencia reguladora o ente de control y fiscalización?.**

#### **III. 1. Algunas conclusiones generales.**

Se puede observar un primer punto de inflexión o superación que presenta la ley n° 210, puesto que erige al Ente Unico como fiscalizador de servicios que presten tanto los sujetos de derecho privado como la administración central o descentralizada (artículo 2°). Ello atento alguna doctrina entiende que sólo podrían regularse los servicios públicos privatizados o concesionados.

Se puede destacar que el diseño del Ente Unico Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad y su basamento normativo es consistente, coherente y en algunos aspectos, superador de las deficiencias que se observan en la conformación de otros entes reguladores de competencia nacional.

Señalo que el diseño institucional de un ente regulador es definitorio. No son cuestiones menores ni el rango de la norma que lo instituye ni los reaseguros con los que se lo dota puesto que la naturaleza de los entes reguladores puede afectar no sólo el estilo de la regulación y las estrategias empleadas, sino que también puede determinar el éxito o el fracaso en la obtención de los objetivos regulatorios.

En mi criterio, el diseño institucional del Ente Unico Regulador posee más puntos encomiables que desarciertos y por eso a mi modo de ver, al menos desde la perspectiva del marco jurídico que legitima al Ente, el organismo posee ventajas comparativas sobre otros similares del orden nacional.



Lo que es relevante retener es que no existe una estrategia regulatoria o un tipo de organismo regulador ideal, sino que son los tipos de temas y problemas que surgen y a su frecuencia, los que determinan la conveniencia de seleccionar una u otra modalidad.

Al empezar sostuve que la selección del órgano de regulación y su diseño institucional no son cuestiones de poca importancia puesto que ellas definen en gran medida el éxito o el fracaso de la regulación entendida no sólo como conjunto de disposiciones coactivas, sino también como influencia estatal en un determinado sector económico o social.

“Los cambios operados en el Estado han llevado a una sustancial modificación en el rol de los poderes públicos. Así las cosas hemos pasado de un Estado prestador a un Estado regulador, para lo cual fue necesario crear órganos de control que resultaran adecuados para el cumplimiento de la finalidad perseguida.

La labor iniciada por el constituyente local en 1996 debe ser profundizada por el legislador a fin de complementar las funciones que determina el art. 138 de la Constitución local, como forma de fortalecer el status autonómico de la Ciudad y dotar a sus habitantes servicios públicos eficientes y seguros.

En efecto, hemos señalado que el organismo creado por los arts. 138 y 139 de la Constitución de la Ciudad reviste un carácter sumamente importante no solo en cuanto a la diversidad de servicios a regular sino también por la misión encomendada, por tanto el legislador deberá ser al extremo cauteloso al momento de proceder a regular la figura procurando evitar siempre la creación de un "megaorganismo" burocrático e inoperante”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> “Ente regulador de Servicios públicos de la Ciudad”. Por Edgardo De Paola

### III. 2. Conclusión particular.

El Ente Unico Regulador de los Servicios Públicos cuenta con notas significativas, con ventajas comparativas por sobre otros entes de la misma naturaleza y ello debería posicionarlo adecuadamente para desempeñar sus cometidos asignados. Estas ventajas se vinculan con lo siguiente:

Se trata de un órgano con jerarquía constitucional – legal. (La norma que lo reglamenta, sufrió en primera instancia un veto del Jefe de Gobierno y finalmente fue consagrado en la ley 210).

Su diseño institucional fortalece su autonomía e independencia, básicamente de los órganos gubernamentales centrales.

La continuidad en la gestión del directorio, fomenta la conformación de cuerpos regulatorios especializados y expertos y el surgimiento y consolidación de las doctrinas regulatorias fundamentales.

Favorece la participación social en los cometidos de la regulación, no sólo por la participación a nivel directivo de los usuarios sino también por los cometidos que la ley le asigna respecto a la defensa de los usuarios.

Las carencias se manifiestan en la intervención meramente asesora que le cabe en materia tarifaria y en el diseño de las políticas regulatorias y en la incompetencia para convocar audiencias públicas.

Concluyo entonces, respecto de la pregunta del trabajo que el EUR de la Ciudad, posee por ahora, notas que lo acercan más a un organismo de fiscalización y control que a una típica agencia reguladora. Ello por cuanto las funciones reguladoras del ente en estudio son las menos desarrolladas y en donde el organismo presenta las mayores debilidades.

Por otra parte cabe mencionar que el artículo 139 de la Constitución de la Ciudad que crea el ente, lo menciona como regulador de

los servicios públicos, aunque al delinear sus funciones dice que ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos, pero no se refiere a la regulación de los mismos. Esta circunstancia permite arribar a conclusión similar a la descrita en el párrafo que precede en cuanto a la calidad que detenta el EURSP.