

## CAPÍTULO XV

### LOS ENTES REGULADORES

#### SUMARIO

1. Introducción.....	XV-1
2. El que concede no debe controlar.....	XV-4
2.1. El que concede, ¿debe prestar?.....	XV-5
3. Derecho a su existencia .....	XV-5
4. Independencia y estabilidad .....	XV-6
5. Intervención, avocación, revocación; recurso de alzada .....	XV-7
6. Facultades regulatorias .....	XV-8
7. La audiencia pública .....	XV-11
8. El ente regulatorio no tiene jurisdicción administrativa .....	XV-12
9. Acciones y recursos contra los actos de los entes reguladores .....	XV-13
10. Amparo .....	XV-14
11. Problemas de la apelación en la Capital Federal .....	XV-15
11.1. ¿Es “apelación” de “jurisdicción”? .....	XV-15
11.2. ¿No existe otra jurisdicción federal que la de Buenos Aires?.....	XV-16
11.3. La norma legal invocada.....	XV-16
11.4. Su alcance en la propia ley .....	XV-17
11.5. El usuario no es sujeto pasivo del ente.....	XV-17
11.6. El absurdo de millones litigando en Capital .....	XV-17
12. Jurisdicción federal y/o local: <i>In brevis</i> .....	XV-18
12.1. En general .....	XV-18
12.2. Poderes implícitos federales vs. poderes reservados provin- ciales.....	XV-21
12.3. El concepto de “legislación” o “jurisdicción” federal .....	XV-22
12.4. La cláusula del comercio interprovincial .....	XV-23
12.5. El ente regulador como establecimiento de utilidad nacio- nal .....	XV-24

12.6. La norma constitucional actual: Art. 75 inc. 30 .....	XV-25
12.7. La ley es la que fija la jurisdicción federal .....	XV-26
12.8. Permanencia del problema jurisdiccional .....	XV-27
13. <i>In extenso</i> : El comercio interprovincial .....	XV-28
13.1. Prohibición de aduanas interiores .....	XV-29
13.2. Tarifas, derechos, etc., de tránsito .....	XV-30
13.3. Su aplicación sobre el “peaje eléctrico” .....	XV-31
13.4. La navegación.....	XV-31
13.5. Las represas hidroeléctricas como lagos navegables .....	XV-32
13.6. Otras comunicaciones .....	XV-33
13.7. De nuevo sobre los establecimientos de utilidad nacional ...	XV-33
13.8. No hace falta el dominio, sino el fin .....	XV-34
13.9. No alcanza el dominio sin el fin .....	XV-35
13.10. La “Nación” comprende los entes autárquicos nacionales ..	XV-35
13.11. Lugares adyacentes .....	XV-36
13.12. Las normas constitucionales.....	XV-36
13.13. Derecho comparado .....	XV-37
13.14. Base legislativa de la jurisdicción federal .....	XV-38
13.15. Cuestión litigiosa permanente.....	XV-39
13.16. Navegación, comercio, establecimiento.....	XV-39
13.17. El caso del sistema eléctrico.....	XV-40
13.18. Algunos interrogantes .....	XV-40
14. <i>¿Quis custodies custodiat?</i> .....	XV-41
14.1. Introducción.....	XV-41
14.2. El Defensor del Pueblo nacional .....	XV-41
14.3. La Auditoría General de la Nación.....	XV-43
14.4. La Sindicatura General de la Nación.....	XV-43
14.5. Conclusiones preliminares.....	XV-44
15. Responsabilidad del ente regulador .....	XV-44
15.1. El derecho sustantivo .....	XV-44
15.2. La cuestión procesal.....	XV-46

## Capítulo XV

### LOS ENTES REGULADORES

#### 1. Introducción<sup>1</sup>

En este tema se halla en una realidad a mitad de camino entre el sistema pre-constitucional y el que debe ponerse en marcha con la Constitución de 1994,

<sup>1</sup> Ver REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de servicios públicos,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo, en honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, p. 265 y ss.; STUPENENGO, JUAN A. y ZAYAT, VALERIA E., “Mirada crítica a la función jurisdiccional del Ente Único Regulador de Servicios Públicos,” en *Revista ADA Ciudad*, N° 1, septiembre de 2007; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO (dir), *Servicios Públicos y Organismos de Control*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006; CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios públicos. Control y protección*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y Ediciones Ciudad Argentina, 1996; USLENGHI, ALEJANDRO, “Reforma de organismos de control de los servicios públicos,” en *Derecho Administrativo y aportes para el rediseño institucional de la República*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004; REJTMAN FARAH, MARIO, “La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias,” *JA*, 2005-III, pp. 1136-1141, y del mismo autor, “¿Independencia de los entes reguladores?,” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal: servicios públicos, poder de policía y fomento*, Buenos Aires, RAP, 2011, pp. 509; AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., “Apuntes sobre la facultad reglamentaria de los entes reguladores y sus límites,” *JA*, 2007-II-672; BIANCHI, ALBERTO, “Servicios públicos: Balance de una década compleja (2000/2010),” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal: servicios públicos, poder de policía y fomento, op. cit.*, pp. 781; BIANCHI, ALBERTO, *La regulación económica*, t. 1, *Desarrollo histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; AGUILAR VALDEZ, OSCAR R. “Competencia y regulación económica,” en *Servicio Público, Policía y Fomento*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2003; COMADIRA, JULIO RODOLFO, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS),” *ED*, 162: 1134, reproducido en su *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 217 y ss.; MATA, ISMAEL, “Los entes reguladores de los servicios públicos,” en el libro colectivo de la UNIVERSIDAD AUSTRAL *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 115 y ss.; “Panorama del control sobre los entes reguladores,” *ED*, 30-III-01; MONTI, LAURA M., “Facultades reglamentarias de los entes de control,” en *LL, Supl. ADAIG*, Setiembre de 2000, pp. 11-7; SORIA, DANIEL FERNANDO, “Sobre los entes reguladores, los conflictos entre prestadores y usuarios de servicios y las vías administrativas previas,” *RAP*, 234: 61 (Buenos Aires); FANELLI EVANS, GUILLERMO E., “La reforma de la Constitución Nacional y los Entes Reguladores (La posición jurídica del usuario. Las audiencias públicas),” *LL*, 1995-A, 1044; FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO, “Los entes reguladores de servicios públicos en la Constitución Nacional,” *Revista Argentina de Derecho*

materia en que el Congreso se halla remiso. Debemos abandonar, como ya se lo ha hecho en Europa, el antiguo modelo continental. Corresponde en consecuencia adoptar, también en nuestra Constitución, el éxito demostrado por el modelo estadounidense: La Unión Europea exige que los países que la integran tengan autoridades independientes para regular los servicios públicos.<sup>2</sup> Es decir, debemos empezar a olvidar los entes administrativos descentralizados, sometidos al control de tutela de la administración central y comenzar a enfatizar que el Estado contemporáneo requiere de autoridades administrativas *independientes* del poder central.<sup>3</sup> Debe continuarse la independencia de los entes de control de los servicios privatizados, incluyendo la participación de los usuarios, cumpliendo las funciones que delinea el art. 42 de la C.N.

Falta aún dictar el resto de los marcos reguladores *legales* exigidos por el art. 42 (por ahora existen el del gas y la electricidad, leyes 24.076 y 24.065 y, recientemente, el del agua, aprobado por las leyes 26.100 y 26.221), readecuar los preexistentes y tal vez, como igualmente se propone, dictar una ley marco que establezca los trazos generales de su funcionamiento, sin dependencia del Poder Ejecutivo ni facultades reglamentarias de éste sobre tales entes o sus relaciones con los concesionarios y licenciatarios sujetos al control.<sup>4</sup>

Entre los principales se encuentran el ENRE, Ente Nacional Regulador de la Electricidad,<sup>5</sup> ENARGAS, Ente Nacional Regulador del Gas,<sup>6</sup> CNC, Comisión

*Constitucional*, año I, n° 2, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 255; GORZELANY, LILIANA B., MAC MAHON, JUAN JOSÉ y SARCIAT, ALBERTO DIEGO, "Entes Reguladores," *RAP*, 213: 104 (Buenos Aires, 1996); PERRINO, PABLO, "Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública", *RAP*, 406: 75, (Buenos Aires, 2012); FRANCHINI, CLAUDIO, "Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove," en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. II, Módena, Mucchi, 1996, p. 775 y ss.; GENTOT, MICHEL, *Les autorités administratives indépendantes*, París, 1994; COLLIARD, CLAUDE-ALBERT y TIMSIT, GÉRARD (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, París, PUF, 1988.

<sup>2</sup>También países que aún no la integran, como Islandia, Suiza, y otros. Ver, al respecto, Comisión Europea, *La gobernanza europea - Un libro blanco*, COM (2001) 428 final, (2001/C 287/01), Diario Oficial de las Comunidades Europeas 12-X-01.

<sup>3</sup>REIRIZ, "Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de servicios públicos," *op. loc. cit.*

<sup>4</sup>En este sentido el Poder Ejecutivo propuso en el año 2004 al Poder Legislativo un proyecto unificado "Proyecto de Régimen Nacional de Servicios Públicos" (Mensaje N° 1075/2004), que fue objeto de no pocas críticas, p. ej. GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., "Servicios Públicos: construyendo las bases de una nueva emergencia," *LL*, 2005-C, 925.

<sup>5</sup>Ley N° 24.065, decreto reglamentario 1398/92; decreto 714/92, modificado por decreto 1323/92; el Anexo V del Decreto N° 714/92 y normas modificatorias constituye el reglamento de Suministro de Energía Eléctrica para los Servicios prestados por EDENOR S.A. y EDESUR S.A. Reglamento de Audiencias Públicas: Resolución ENRE N° 39/94. En el sistema existe otro 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, 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.

<sup>6</sup>Ley 24.076 y decreto 1189/92; decretos 1738/92, 692/95, 2255/92; el subanexo II de los anexos A y B de este último constituye el reglamento del servicio.

Nacional de Comunicaciones,<sup>7</sup> ERAS, Ente Regulador de Agua y Saneamiento.<sup>8</sup> Cabe agregar la CNRT, Comisión Nacional de Regulación del Transporte,<sup>9</sup> OC-COVI, Órgano de Control de Concesiones Viales,<sup>10</sup> ORSEP COMAHUE, Organismo Regional de Seguridad de Presas COMAHUE,<sup>11</sup> Autoridad Regulatoria Nuclear,<sup>12</sup> ACUMAR, Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo,<sup>13</sup> AGP SE, Administración General de Puertos Sociedad del Estado.<sup>14</sup>

En situación similar se encuentran otros entes que por ejercer controles legales especializados deben recibir análogo tratamiento: Inspección General de Justicia, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones,<sup>15</sup> CNV, Comisión Nacional de Valores,<sup>16</sup> Superintendencia de Seguros de la Nación,<sup>17</sup> CNCE, Comisión Nacional de Comercio Exterior,<sup>18</sup> AFSCA, Autoridad Federal de Regulación de Servicios de Comunicación Audiovisual,<sup>19</sup> etc.

La disparidad de origen normativo y del contenido de los respectivos textos, la diferente composición y nombramiento de sus autoridades, etc., hace imposible generalizar conclusiones. Las reflexiones del presente cap. deben pues ser consi-

<sup>7</sup> Carece de ley y suplanta la primero intervenida y luego disuelta CNT, Comisión Nacional de Telecomunicaciones. En ella se fusionaron esta última y la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT): Ver decr. 660/96, art. 31. Actualmente, la CNC continúa rigiéndose por el dec. 1185/90, parcialmente modificado por el dec. 764/00 y por las normas de organización de la administración central, como ser el dec. 1142/03.

<sup>8</sup> Ley 26.221, que disuelve el anterior ETOSS, crea el ERAS y la Agencia de Planificación, ambos en el ámbito de Ministerio de Planificación, Inversión Pública y Servicios, y aprueba el marco regulatorio del servicio que había sido creado por el decreto 304/06 y ratificado por la ley 26.100.

<sup>9</sup> Decreto 660/96, modificado por su similar 1260/96.

<sup>10</sup> Decreto 1994/93; decreto 87/01.

<sup>11</sup> Decreto 2736/93.

<sup>12</sup> Ley 24.804.

<sup>13</sup> Ente interjurisdiccional de derecho público creado por la ley nacional 26.168 y adherido por las jurisdicciones locales, [www.acumar.gov.ar](http://www.acumar.gov.ar). Ver CSJN, *Fallos*, 329: 2316, *Mendoza*, 2006, *supra*, cap. VIII, § 6, notas 27 y 28, p. VIII-9. El caso tiene muchos ribetes de interés, entre ellos que la CSJN llamó a audiencias públicas, impuso sanciones conminatorias o *astreintes* a los funcionarios públicos para el caso de atraso en el cumplimiento del cronograma fijado, delegó en el juzgado federal de Quilmes el control de la ejecución de las medidas por la administración, etc. Es la misma tendencia del fallo que comenta DANIELE, NÉLIDA MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil - Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 543-87: Publicado también en *Res Publica Argentina, RPA*, 2007-1, 31-70. Es la misma tendencia que inició en la primera mitad del siglo pasado el Consejo de Estado francés *al incorporar a su jurisdicción el seguimiento del efectivo cumplimiento de la sentencia por la administración pública*, que comenta RIVERO en su art. “De l’affaire Canal à l’arrêt Canal,” en el libro del bicentenario del Consejo de Estado francés.

<sup>14</sup> Ver nuestro art. “Desregulación y privatización portuaria,” *RDA*, 9: 31-46, Buenos Aires, 1992, reproducido como cap. VIII del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.; ley 24.093, decretos 817/92 y 19/2003.

<sup>15</sup> Ley 24.241.

<sup>16</sup> Creada por el derogado decreto-ley 17.811/68, art. 12, y regulada actualmente por la ley 26.831.

<sup>17</sup> Decreto-ley 20.091/73.

<sup>18</sup> Decreto 766/94.

<sup>19</sup> Ley 26.522, art. 10.

deradas de carácter introductorio y más bien de reflexión constitucional acerca del debate y evolución legislativa que se dará en los próximos años, antes que una exacta descripción de un ordenamiento enteramente vigente en la realidad.

## 2. *El que concede no debe controlar*

Así como el sistema previo a la Constitución de 1994 era que el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que la juzga no la dicta ni ejecuta; ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que *el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle*. Es pues el mismo principio, actualizado, de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona.<sup>20</sup>

Cuando se estudiaba en Francia en la primera mitad del siglo XX las diferencias entre la planificación por comisiones de planificación o por el Ministerio del ramo, siempre se entendió que la segunda alternativa era la más peligrosa para los intereses colectivos, porque quitaba transparencia al proceso y dejaba al poder político más lábil y maleable frente a las presiones del poder económico, lo cual es más que manifiesto entre nosotros.<sup>21</sup> Ese punto lo vieron ellos hace más de medio siglo, pero acá se insiste con las fórmulas de menor transparencia posible, en nuevo retorno al pasado más distante.

Aquí se pretende que es a la inversa, que son los entes de control los que están maleables, lo cual no es así pues están más en contacto con la sociedad y son más accesibles. Pero a veces están tan dependientes del poder central y sus órdenes y hasta sus vías de hecho en los últimos años, que aunque no puedan darle órdenes o invadir de cualquier modo su esfera, de todos modos lo hacen, con la consiguiente falta de independencia real y de control social. El poder político no se desprende nunca del control, y por lo tanto es como si la actividad estuviera en manos de la administración central y no de un ente regulador independiente.

Agréguese aquí que el poder político es quien ha dado la concesión al poder económico y las cuentas se sacarán fácilmente. Los acuerdos no se celebran entre los reguladores y las empresas, sino entre el poder político y las empresas, y sus consecuencias son simplemente impuestas a los entes reguladores. Las normas sobre la privatización preceden al efectivo traspaso y constituyen por ende el marco de ella, en tutela del interés público y de los usuarios: Se debe mejorar el sistema en favor del control y tutela de los usuarios, no desmejorarlo; más aun, cuando es reconocido que una causa eficiente de la privatización con entes

<sup>20</sup> *Supra*, cap. III, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloIII.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIII.pdf) y nuestro art. "Organismos de control," RAP, 194:107, Buenos Aires, 1993; AHE, DAFNE, "Alcance del recurso de alzada contra las decisiones adoptadas por entes reguladores de servicios públicos creados por ley," LL, 2002-E, 384; TAWIL, GUIDO, "Racionalidad y formas en el derecho administrativo," LL, 26-IV-13, p. 1.

<sup>21</sup> Ver ADRIAO, ALEJANDRO, "La falacia del Estado neutral (A propósito de los marcos regulatorios de servicios públicos y sus entes)," LL, 2001-B, 1029.

reguladores de control fue la inoperancia de los controles de la administración central, en especial, los ministerios y secretarías.<sup>22</sup>

### 2.1. *El que concede, ¿debe prestar?*

En los últimos dos años se ha verificado un movimiento en el papel del Estado en materia de servicios públicos, habiendo asumido éste un nuevo rol.<sup>23</sup> La experiencia de gestión indicará el acierto o desacierto de lo que parece ser un vuelco al viejo rumbo de los '90.<sup>24</sup> Restará ver cómo se compadecen estos nuevos regímenes con los viejos marcos regulatorios subsistentes, cómo se asegura el control público sobre la gestión<sup>25</sup> y sobre el gasto y, sobre todo, cómo se mantiene el nivel *adquirido* de derechos de los usuarios frente al nuevo prestador, el Estado. Recién a partir de allí podremos estar en condiciones de extraer conclusiones sobre el nuevo estado empresario.

### 3. *Derecho a su existencia*

Así como ha llegado a consagrarse el derecho al debido proceso no solamente para los actos individuales de la administración, sino también para los actos generales, con el alcance de que los de tal tipo requieren previa audiencia pública,<sup>26</sup> así también puede hoy en día sostenerse que el debido proceso incluye la existencia de organismos imparciales e independientes del poder concedente, que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios, sujetos al necesario contralor jurisdiccional.

En la Constitución resultan pues una garantía del usuario que, sin reunir los mismos elementos propios de la garantía de acceso a la justicia, requiere su existencia como organismos imparciales e independientes, dotados de estabilidad y medios adecuados para el cumplimiento de sus fines.

Queda con ello dicho que la administración central carece de facultades para exigirles aportes al presupuesto nacional de sus respectivos presupuestos de control, como de hecho lo hace constantemente, desfinanciándolos e impidiéndoles cumplir eficazmente con sus funciones constitucionales.

<sup>22</sup> La opinión es en esto uniforme.

<sup>23</sup> Ley 25.943 (ENARSA); decr. 1075/2003 (Correo Argentino); decr. 238/03 (LAFSA); ley 26.092 y decr. 634/06 (ARSAT); ley 26.221; decr. 340/2004, servicio de comprobación técnica de emisiones del espectro radioeléctrico.

<sup>24</sup> No pocas críticas han recibido estas normas. Ver MATA, ISMAEL; "La reforma del Estado y el regreso al Estado empresario," *SJA* 23-V-07, *JA*, 2007-II-1146.

<sup>25</sup> Sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de las nuevas normas excluyen la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Por su parte, la Res. 37/06 SIGEN aprueba lo que denomina "normas mínimas de control interno para el buen gobierno corporativo en empresas y sociedades del Estado," con un sobreabuso de mayúsculas que por supuesto no repetimos. La manía de ponerle mayúsculas a todo se emparenta con el uso ideológico del lenguaje que explicamos en el cap. I, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloI.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloI.pdf).

<sup>26</sup> *Infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública," [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo11.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf).

Ello atenta contra la efectividad y existencia misma del control que deben constitucionalmente ejercer, máxime cuando sus recursos provienen de los aportes obligatorios de los concesionarios con destino legal afectado al fin específico del ente. Hay, en definitiva, una malversación de caudales públicos cuando la administración utiliza fondos de los entes para sus propios programas y los detrae de la actividad del ente de contralor.

Privar a los usuarios de un órgano de control imparcial e independiente del poder central concedente destruye la imparcialidad objetiva prevista por la Constitución y afecta también la imparcialidad del órgano decisor, siendo la imparcialidad un principio cardinal del procedimiento.<sup>27</sup> En este sentido también se ha dicho que “Desde luego, es ilegítima la decisión tomada en condiciones de parcialidad.”<sup>28</sup> También la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene sostenido que es requisito integrante de la garantía de la defensa que el caso sea considerado “por funcionarios imparciales.”<sup>29</sup>

#### 4. *Independencia y estabilidad*

Ya explicamos la tendencia de la Constitución actual de crear autoridades administrativas independientes, algunas en el marco del Congreso como la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo,<sup>30</sup> otras en el ámbito del Poder Judicial como el Consejo de la Magistratura (seriamente lesionado en su imparcialidad e independencia, por la reforma legislativa que dio preeminencia al poder político), el Jurado de Enjuiciamiento o el Ministerio Público.<sup>31</sup>

Tales autoridades administrativas independientes incluyen, también en el derecho comparado europeo, a los entes reguladores, según el modelo genérico estadounidense que cada país adopta en sus trazos generales. Ese es el modelo adoptado en nuestro país.<sup>32</sup> En igual sentido ha podido decirse que: “La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las

<sup>27</sup> ALLEGRETTI, UMBERTO, *L'imparzialità amministrativa*, Padua, 1965. Con relación a la declaración de “imparcialidad” efectuada por la norma de creación del ente, ver STUPENENGO, JUAN A. y ZAYAT, VALERIA E., “Mirada crítica a la función jurisdiccional del Ente Único Regulador de Servicios Públicos,” en *Revista ADA Ciudad*, N° 1, septiembre de 2007.

<sup>28</sup> Ver REAL, ALBERTO RAMÓN, “Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay,” en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. I, Santiago, Univ. de Chile, 1975/6, p. 269 y ss., pp. 287-8.

<sup>29</sup> Fallos, 198: 78. La CSJN en *Estrada, LL*, 2005-D-439, ha cuestionado la vigencia de las garantías de independencia e imparcialidad en nuestros entes reguladores, características que entiende indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional. Ampliar en nuestro art. “Ángel Estrada,” *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>.

<sup>30</sup> Arts. 85 y 86.

<sup>31</sup> Art. 99 inc. 4°, segundo párr.; arts. 114, 115 y 120.

<sup>32</sup> En igual sentido COMADIRA, “Reflexiones...,” *op. cit.*



metas diarias de la política,”<sup>33</sup> por lo cual son indispensables garantías tales como la inamovilidad en los cargos del ente de contralor.<sup>34</sup> Es que “el poder político es incapaz de escapar a la tentación de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las exigencias inmediatas de la política diaria.”<sup>35</sup> “Pero una cosa es esta influencia lógica y razonable del poder político sobre la administración y otra la manipulación constante de sus decisiones según las conveniencias del momento, o la medida burda del cese fulminante por una diferencia de opinión con la autoridad política de turno.”<sup>36</sup> En sentido similar se ha dicho que “se exige una autoridad reguladora dotada al mismo tiempo de preparación técnica, independencia política y legitimación democrática.”<sup>37</sup> La legitimación democrática, en el caso, viene del sistema de designación, que debe serlo por concurso, pues es sabido que hoy en día la democracia no es sólo una forma de acceder al poder sino también una forma de ejercerlo.<sup>38</sup>

Como en tantos temas de nuestra historia, resta por ver si al momento de dictar los nuevos marcos reguladores, el legislador atiende a las necesidades a largo plazo de la República o si en cambio cede a la tentación de la política diaria y de la concentración permanente de poder.

### 5. Intervención, avocación, revocación; recurso de alzada

Ya explicamos que la avocación del art. 3º del decreto-ley 19.549/72 será procedente a menos que una norma expresa o razonablemente implícita disponga lo contrario.

Uno de los supuestos básicos en que no es aplicable la avocación es así cuando la atribución de funciones al inferior ha estado fundada en razones de especialización técnica, mayor imparcialidad, u otros motivos que hagan razonable entender que la intención del legislador fue que esa atribución fuera ejercida primordialmente por el inferior y no, en realidad, por un superior que en cualquier momento decidiera avocarse al conocimiento y decisión de un asunto de la competencia del inferior. La avocación no procede respecto de competencias descentralizadas, esto es, de actos de entes autárquicos *lato sensu*.<sup>39</sup>

Fácilmente se comprenderá con cuánta mayor razón tanto la avocación como la intervención administrativa son totalmente improcedentes en los entes regulatorios previstos en el art. 42 de la Constitución, incluso en los ilegal e inconstitucio-

<sup>33</sup> COMADIRA, *op. cit.*, § 2.

<sup>34</sup> COMADIRA, *op. loc. cit.*

<sup>35</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993, cap. XI, pp. 376-7.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 387.

<sup>37</sup> ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, cap. XI, p. 365.

<sup>38</sup> RIVERO, “Le système français de protection des citoyens contre l’arbitraire administratif à l’épreuve des faits,” *Mélanges Jean Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1963, pp. 813-36, reproducido en el libro *Pages de doctrine*, t. I, París, L.G.D.J., 1980, pp. 563-80; *supra*, cap. II, [http://gordillo.com/pdf\\_tomol/capituloII.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomol/capituloII.pdf).

<sup>39</sup> GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL, “La competencia de los órganos administrativos,” *ED*, 49: 885, § 7.

nalmente creados por decreto como entes autárquicos. Han comenzado a aparecer fallos, que esperamos se reafirmen, anulando este tipo de intervenciones,<sup>40</sup> pero siguen no obstante existiendo como norma casi perpetua del funcionamiento real de nuestra administración pública, que distorsionan el sistema constitucional.<sup>41</sup> Se sigue de todo lo expuesto que la procedencia del recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo Nacional contra los actos de los entes reguladores ha de interpretarse como mínimo de manera muy restrictiva; a nuestro criterio debe considerarse improcedente.<sup>42</sup>

### 6. *Facultades regulatorias*

Después de la reforma de 1994, que en el art. 76 priva al Poder Ejecutivo de la delegación en materia administrativa, puede admitirse delegación o subdelegación, o más precisamente atribución de competencias propias, solamente en los entes reguladores, a los que la Procuración del Tesoro de la Nación ha reconocido el carácter de entidad descentralizada.<sup>43</sup> Dicho en otras palabras, la prohibición del art. 76 no resulta de aplicación en el caso de estos entes.<sup>44</sup> La facultad regulato-

<sup>40</sup> OTEIZA, MARIANO, "La intervención administrativa en entes reguladores ¿Control efectivo u oportunismo gubernamental?," *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 337: 141, 2007.

<sup>41</sup> En los últimos años se han dado algunas muestras de cierta desprolijidad en esta materia. No sólo a raíz de las sucesivas intervenciones, sino también en razón de la indiferencia al sistema de concursos previsto para la ocupación de cargos en los entes y por la particular técnica utilizada. Entre las normas que avalaron estas prácticas pueden mencionarse los decrs. 812/04, 539, 571 y 1646/07 (ENARGAS), el decr. 458/06 (Sistema Nacional de Medios Públicos Sociedad del Estado), el decreto 1983/2006 (Comisión Nacional de Comunicaciones), el decr. 253/2008 (ANMAT) y el decreto 454/2004 (Comisión Nacional de Regulación del Transporte), entre otros. Ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO, "La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias," *JA*, 2005-III, pp. 1136-1141, y del mismo autor, "¿Independencia de los entes reguladores?," en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal: servicios públicos, poder de policía y fomento*, Buenos Aires, RAP, 2011, pp. 509. Ver también BIANCHI, ALBERTO, "Servicios públicos: Balance de una década compleja (2000/2010)," en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal: servicios públicos, poder de policía y fomento*, op. cit., pp. 781.

<sup>42</sup> Ver el mayor desarrollo que hacemos *infra*, t. 4, op. cit., cap. XI, "Recurso de alzada," § 2.4, "Tendencia normativa a la supresión de la alzada;" § 3.4, "Entes reguladores;" § 3.6, "Entes tributarios;" § 3.8, "Entes interjurisdiccionales," [http://gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo11.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo11.pdf). Ver también BORGONA, VANESA y FAIRSTEIN, CAROLINA, "La independencia de los entes reguladores y el recurso de alzada," *LL*, 2001-F, 103. En el mismo sentido se ha expresado REJTMAN FARAH, MARIO, "La competencia de los entes reguladores para determinar el daño directo a la luz del plenario Edesur," op. cit., quien sostiene que el recurso de alzada desnaturaliza las funciones y los objetivos de los entes reguladores. Ampliar en USLENGHI, ALEJANDRO, "Reforma de organismos de control de los servicios públicos," en *Derecho Administrativo y aportes para el rediseño institucional de la República*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

<sup>43</sup> *Dictámenes*, 104 y 105/95, citados por COMADIRA, op. cit., nota 26.

<sup>44</sup> En igual sentido CITARA, op. ult. cit., p. 148; nuestro art. "Las facultades normativas de los entes reguladores," *RAP*, 212: 120, Buenos Aires, 1996; comp. COMADIRA, "Los reglamentos delegados," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires, Rap, 2002, pp. 679-92, esp. p. 689; BIANCHI, "La potestad reglamentaria de los entes reguladores," *Acto...*, op. ult. cit., pp. 589-612; AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., "Apuntes sobre la facultad reglamentaria de los entes reguladores y sus límites," *JA*, 2007-II-672.

ria, dentro del marco de la ley respectiva, es propia y específica de estos entes y debe considerarse separada del poder concedente. La doctrina y jurisprudencia es amplia en cuanto a las facultades que tiene la autoridad competente para reglamentar el servicio, incluso modificando las condiciones de su prestación para adecuarlo a las cambiantes circunstancias fácticas y tecnológicas.<sup>45</sup> Dice así el Consejo de Estado de Francia que “La Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el normal funcionamiento del servicio.”<sup>46</sup> “Al imponer al concesionario un servicio diferente del previsto por las partes contratantes, la Administración no excede sus poderes.” Agrega LÉON BLUM en sus conclusiones sobre el caso *Compagnie française des tramways* que: “La convención no establece, de manera inmutable, *ne varietur*, las cargas asumidas por el concesionario,”<sup>47</sup> en el caso *Société d'éclairage de Poissy*<sup>48</sup> CORNEILLE señala que “la organización del servicio no es de competencia del concesionario [...], que, por consiguiente, esta organización podrá modificarse en cualquier momento, según las necesidades sociales y económicas del momento.”<sup>49</sup> Concluye JÈZE, luego seguido por la doctrina nacional en este punto, que “Este principio es hoy indiscutido en la jurisprudencia.”<sup>50</sup>

En la doctrina nacional es vieja la conclusión de que “la concesión crea dos situaciones jurídicas: a) Una legal o reglamentaria, que es la más importante y domina toda la operación; b) otra contractual, pero que no es necesariamente de derecho civil, sino de derecho administrativo y que, como acto administrativo que es, atribuye derechos e impone obligaciones al concesionario.”<sup>51</sup> “Importante es la cuestión relativa a la facultad que la Administración pública tiene de modificar las condiciones y especialmente el funcionamiento del servicio público objeto de la concesión. Desde luego, el servicio público, por definición, tiene en vista el interés público y ante esta consideración primordial el argumento contractual

<sup>45</sup> Ver nuestro art. “Las facultades normativas de los entes reguladores,” *op. cit.* Ver también CN-Fed. CA, Sala I, *Edenor S.A. c. Estado nacional (Secretaría de Energía)*, LL, 1996-C, 445, año 1995, con nuestra nota “Facultades reglamentarias de los entes reguladores,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 36, pp. 100-2. Un caso especial es el de C.A.M.M.E.S.A., en el cual el Estado tiene dos directores con inequívoco derecho de veto y hay control de la Secretaría de Energía: Ver 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.),” *op. cit.*, quien lo asimila a un ente autárquico, aunque por su composición nos parece más próximo a una corporación pública: *Supra*, cap. XIV, § 11.2.1, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloXIV.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXIV.pdf).

<sup>46</sup> Consejo de Estado, *arrêt* del 11 de marzo de 1910, *Compagnie française des tramways, Recueils*, p. 216 y ss., *RDP*, 1910, p. 274 y ss., que transcribe GASTON JÈZE, *Principios generales del derecho administrativo*, t. IV, *Teoría general de los contratos de la administración. Primera Parte. Formación. Ejecución de los contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 139, nota 87.

<sup>47</sup> JÈZE, *op. cit.*, p. 240, nota 88 *in fine*.

<sup>48</sup> *Société d'éclairage de Poissy, Recueils*, p. 124; *R.D.P.*, París, 1918, p. 242 y ss.

<sup>49</sup> JÈZE, *op. cit.*, p. 240, nota 89.

<sup>50</sup> JÈZE, *op. loc. cit.*

<sup>51</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo y ciencia de la administración. Legislación administrativa argentina*, t. I, Buenos Aires, Lajouane & Cía. Editores, 1929, p. 123 y ss. Las posteriores ediciones han mantenido el mismo principio.

pierde toda importancia.”<sup>52</sup> “Si se pudiese admitir por un instante que, por efecto de los contratos de concesión, la voluntad de los concesionarios pudiera poner en jaque las decisiones tomadas por la Administración en un fin de utilidad pública, necesario sería condenar irremisiblemente el sistema de concesión como contrario al interés general.”

También recuerda BIELSA la opinión de HAURIUO cuando aquél dice que “la situación reglamentaria obedece a dos principios [...] el servicio público deberá ser mejorado por nuevas reglamentaciones [...] En suma, los usuarios [...] no deben sufrir las consecuencias que pudieran derivar del hecho de que el servicio haya sido concedido; el servicio debe conservar su flexibilidad institucional.”<sup>53</sup>

Toda esa construcción de la doctrina argentina previa a las nacionalizaciones y estatizaciones fue elaborada con un importante sustento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos*, 146: 297, 149: 219, 114:124, 111: 339. En el *leading case* *Ercolano v. Lanteri de Renshaw*, *Fallos*, 136: 161, nuestra Corte Suprema de Justicia hizo también mérito de la jurisprudencia americana del caso *Munn v. Illinois* (94 US 113) en el cual se expresara que: “todo aquel que dedica su propiedad a un uso de interés público, confiere por ese hecho al público un interés en ese uso y debe someterse a su contralor, para el bien común, en la extensión del interés que le ha creado.” La Corte recuerda por lo demás la jurisprudencia norteamericana en igual sentido, en litigios tales como los *Granger Cases* 94 U. S. 155 y siguientes, *Spring Valley Water Works v. Shottler* 110 U. S. 347, etc.

En la doctrina cabe también recordar a SAYAGUÉS LASO: “La circunstancia de que explote el servicio en base a la concesión otorgada por una entidad pública, no excluye el juego normal de la competencia legislativa. [...] La regla legislativa puede emanar del mismo ente público que intervino en el otorgamiento de la concesión o de un ente público distinto. Esto último es frecuente a causa de la descentralización cada vez mayor que impera en la generalidad de los países.”<sup>54</sup> Agrega este autor que “Además, como al concesionario se le otorgan potestades públicas, colocándolo en una situación de excepción, la ambigüedad de las cláusulas beneficia a la administración concedente, debiendo interpretarse estrictamente los privilegios y exenciones, siendo la oscuridad o la duda en contra

<sup>52</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 130. En igual sentido su *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 259 y ss.; del mismo autor, *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos* (A propósito de la 4ª Conferencia Nacional de Abogados), Buenos Aires, Abeledo, 1937; IVª CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *Régimen jurídico de la concesión de servicio público*, Buenos Aires, Talleres de “Artes Gráficas,” 1936; PICCIRILLI, RODOLFO, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1936, prólogo de RAFAEL BIELSA; CARRILLO, PEDRO, “Concesión de servicios públicos,” *LL*, 62: 948; FIORINI, BARTOLOME A., *Manual de Derecho Administrativo*, Segunda Parte, Buenos Aires, La Ley, 1968, p. 819 y ss.

<sup>53</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 124, quien cita a HAURIUO, p. 866.

<sup>54</sup> SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 3ª ed. puesta al día por DANIEL H. MARTINS, Montevideo, 1974, p. 50.

del concesionario.”<sup>55</sup> En igual sentido expresa MARIENHOFF que “Todo lo atinente a la «organización» o al «funcionamiento» del servicio público puede ser modificado en cualquier momento por el Estado. Es éste un «principio» establecido «ab - initio» por los constructores de la teoría del servicio público y aceptado sin discrepancias por la doctrina actual.”<sup>56</sup> Y concluye, citando a HAURIUO al igual que antes lo hiciera BIELSA, que “Ningún obstáculo jurídico puede impedir esa modificación.”<sup>57</sup>

La modificación puede ser en perjuicio de los intereses económicos del concesionario o licenciatario cuando el Estado contrató en condiciones de estado de necesidad, por el principio de la lesión, o cuando han existido ganancias que exceden la equivalencia honesta que debe haber en el contrato, tal como lo explicamos en el cap. XI sobre los contratos administrativos, al tratar los celebrados en condiciones de monopolio o exclusividad. En los demás supuestos corresponde reajustar la tarifa para preservar el derecho de propiedad del contratista, pues “los derechos que emanan de una concesión de servicios públicos, tal como la aplicación de las tarifas [...] revisten los caracteres de una verdadera propiedad, de la cual no puede ser privada por la sola voluntad del concedente.”<sup>58</sup> Por supuesto, las actualizaciones tarifarias deben ser oportunas, proporcionadas y graduales, no abruptas y extraordinarias por el impacto sobre los usuarios.<sup>59</sup>

### 7. La audiencia pública<sup>60</sup>

Es conocido que la audiencia pública previa a modificaciones tarifarias o aprobación de grandes proyectos, exigida por las leyes regulatorias existentes, ya se considera hoy en día un principio constitucional cuyo incumplimiento, o deficiente cumplimiento, afecta la validez del acto que se dicte con su omisión o en su consecuencia. En el ámbito de la administración pública el decreto 1172/03 ha aprobado el Reglamento General de Audiencias Públicas, de aplicación en las

<sup>55</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 26. En esto recuerda en apoyo de la misma tesis a la jurisprudencia uruguaya (notas 1 a 3) con más la doctrina comparada (nota 4), incluso la del derecho privado argentino: DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, “La tutela de los establecimientos de beneficencia. Condiciones que deben concurrir para que sea definitiva,” *JA*, año 1928, 27: 1201.

<sup>56</sup> *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, pp. 104-5. Este autor, a cuyas citas nos remitimos, recuerda en el mismo sentido a GARCÍA OVIEDO, BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, ENRIQUE SILVA CIMMA, JEAN RIVERO, MAURICE HAURIUO.

<sup>57</sup> Es ésta la conclusión de HAURIUO sobre la jurisprudencia, a la que MARIENHOFF adhiere sin reservas y con énfasis para nuestro derecho: P. 104, nota 140, ed. de 1966.

<sup>58</sup> CSJN, *Bunge y Born Ltda. S.A.*, 1934, *Fallos*, 171:153 (6° cons.); BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 398.

<sup>59</sup> Así lo han sido en 2008 los aumentos de tarifas eléctricas, luego de años de parálisis no obstante la inflación, lo que llevó a que el Estado armara un no transparente esquema de subsidios. Situación replicada a partir de 2012, junto con la creación de cargos específicos —por ejemplo, por costo de gas importado, i.e. decreto n° 2067/08— que implican, en la práctica, aumentos tarifarios sin cumplir con el requisito de la audiencia pública correspondiente.

<sup>60</sup> Ampliar *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo11.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf).

audiencias públicas convocadas en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. El mismo decreto ha aprobado también el Reglamento General de Acceso a la Información Pública, mecanismo que también propicia una informada, inteligente y oportuna participación ciudadana.<sup>61</sup>

### 8. *El ente regulatorio no tiene jurisdicción administrativa*

Si bien el antecedente de los entes reguladores es el norteamericano, ello no significa que pueda invocarse aquella fuente en supuesto favor de la existencia de tribunales administrativos con facultades jurisdiccionales, olvidando que esa *no es* nuestra jurisprudencia constitucional, ni la ha recibido operativamente tribunal alguno en las últimas décadas, salvo olvidables *obiter dicta*.<sup>62</sup>

Aun en ese derecho no es necesario agotar la instancia del tribunal administrativo<sup>63</sup> que este ente no es, cuando se dan hipótesis análogas a las de nuestra

<sup>61</sup> Ampliar en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO y FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO, “Acceso a la información y participación pública. Los derechos de incidencia colectiva y el decreto 1172/2003,” Lexis Nexis, 6-IX-06; y en SCHEIBLER, GUILLERMO, “Acceso a la información en manos del estado: el pueblo [debe poder] saber de qué se trata,” Buenos Aires, RAP 325, octubre de 2005. Ver también REJTMAN FARAH, MARIO, “Los caminos por recorrer en materia de libre acceso a la información” y GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: derecho fundamental y sostén político de la República,” ambos en GUILLERMO SCHEIBLER (coordinador), “Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de subrayar el lugar eminente que corresponde en una sociedad democrática al derecho de acceso a la información pública, advirtiendo que transparencia y publicidad de la gestión de gobierno son pilares fundamentales de una sociedad democrática; y reconoció que el fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona a conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan. Concluyó, por tanto, que el acceso a la información pública se ajusta razonablemente a los previsto en los artículos 14, 16, 33, 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional. (*Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986*, sentencia de 4-XII-12.)

<sup>62</sup> *Supra*, cap. VII, § 18.4., “La seudo doctrina de algunos fallos,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloVII.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf); nuestra *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. V, “Cómo leer una sentencia,” § 7, “Lo que el fallo dice de más y de menos,” [http://gordillo.com/pdf/int\\_der/iad\\_1\\_v.pdf](http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_v.pdf); “Enargas: interpretación restrictiva de su «jurisdicción»,” *LL*, 1996-C, p. 36, nota al fallo *Y.P.F. c. Enargas*, 1996, CNFed. CA, Sala I, reproducido en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 31, p. 95. Conf. REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 54. Es interesante el desarrollo que realiza nuestro máximo tribunal en *Estrada*. Ampliar en STUPENENGO y ZAYAT, *op. loc. cit.* Ver también OBERDA, GASTON, “El control judicial de la función materialmente jurisdiccional de la administración,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, p. 675. La CNFed. CA, en pleno, en *autos Edesur S.A. c/ Ente Nacional Regulador de la Electricidad*, JA, 2012-II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, con nota de REJTMAN FARAH, MARIO, “La competencia de los entes reguladores para determinar el daño directo a la luz del plenario Edesur,” ha resuelto que establecido el incumplimiento contractual de las distribuidoras en el suministro de energía eléctrica, el ENRE tiene competencia para determinar el daño directo —valor de reposición del objeto dañado— ocasionado a los usuarios cuando éstos requieran voluntariamente la intervención de tal organismo administrativo.

<sup>63</sup> JAFFE, LOUIS L., *Judicial Control of Administrative Action*, Boston y Toronto, Little, Brown and Company, 1965, cap. 11, p. 424 y ss., “The Exhaustion of Administrative Remedies;” ampliar



jurisprudencia para tornar inexigible el agotamiento de la vía administrativa. Por lo demás, en el derecho norteamericano hay una multiplicidad de normas, de estado a estado, materia a materia, ley a ley: No existe regla general alguna que pueda razonablemente invocarse en materia de competencia judicial federal.<sup>64</sup> Pareciera casi superfluo destacar que en las leyes de la materia los entes en cuestión no son órganos del poder judicial de la Nación, sino una autoridad administrativa independiente, no jurisdiccional.<sup>65</sup> Resulta en verdad imposible confundirlo, o pretender confundirlo, con un órgano del poder judicial, cualquiera que fuere la terminología que emplearen las leyes. Pero cabe reconocer que tanto la jurisprudencia como la doctrina son liberales en el uso de la terminología, lo cual no es bueno para el Estado de Derecho.

Por de pronto, las normas aplicables establecen que se regirán por la ley *stricto sensu*, de *procedimientos administrativos* de la Nación y su reglamentación; admiten el recurso administrativo de alzada, contra los actos del ente, para ante el Poder Ejecutivo nacional. Sus normas aclaran que los miembros del directorio de los entes son funcionarios públicos administrativos (aunque como ya vimos cabe hacer excepción de los que representan a los usuarios), no magistrados o Jueces de la Nación. En materia financiera los entes están sujetos al control externo que establece el régimen de contralor público *de la administración*.

Tampoco las leyes confieren a los entes aquellas notas características de la facultad judicial, como son la *executio*, nota distintiva, si las hay, del imperio jurisdiccional. Ello surge de las normas que en caso de infracciones facultan al ente para requerir al juez competente el auxilio de la fuerza pública con jurisdicción en el lugar del hecho; si el hecho objeto de prevención o comprobación constituyera un delito de acción pública deberá dar inmediata intervención a la justicia federal con jurisdicción en el lugar.

### 9. Acciones y recursos contra los actos de los entes reguladores

Las leyes que regulan estos entes prevén un recurso de apelación en la Capital Federal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, pero hasta ahora se han intentado también acciones de amparo en primera instancia contencioso administrativa federal y no debe excluirse *in totum* la posibilidad de acciones ordinarias en lugar de recursos de apelación.<sup>66</sup>

en CERDEIRAS, ROSAURA, "La actividad jurisdiccional de los entes reguladores y la reforma constitucional," *RAP*, 218: 98. (Buenos Aires.)

<sup>64</sup> STASON, E. BLYTHE, *The Law of Administrative Tribunals*, Chicago, Callaghan and Company, 1947, p. 505 y ss., cap. VIII, "Methods of Judicial Relief," ampliar en CERDEIRAS, *op. loc. cit.*

<sup>65</sup> Algunos pronunciamientos judiciales que no habilitan la vía ante la Cámara por no haberse agotado la vía administrativa previa exigida por el art. 66 de la ley 24.076 del ENARGAS, si bien ajustados a derecho, no deben inducir a confusión por repetir la terminología legal de "jurisdicción del ente:" Sala II, *Terrabusi*, 8-VII-93; Sala IV, *Vila*, 11-IV-95.

<sup>66</sup> Siempre, claro está, que la acción ordinaria verse sobre un supuesto distinto del que la ley prevea como obligatorio para utilizar la apelación directa.

Desde luego, cuando no existe una ley que determine la obligatoriedad de acudir a la Cámara en recurso de apelación,<sup>67</sup> lo procedente es la acción ordinaria, o en su caso el amparo, sin perjuicio en todos los casos de los demás medios: En primer lugar las medidas precautelares y cautelares,<sup>68</sup> la acción de amparo por mora de la administración y los recursos del procedimiento administrativo. Pero no el recurso directo, que requiere texto legal expreso. En esto al menos hay unanimidad.<sup>69</sup>

### 10. Amparo

El art. 43 de la Constitución nacional prevé la acción de amparo para la defensa de estos derechos de los usuarios y consumidores y de los derechos de incidencia colectiva en general.<sup>70</sup> “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”

“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a *los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado*, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.” Surge de la norma constitucional que “*el afectado*” podrá interponerla en lo relativo a “los derechos que protegen [...] a *la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.*”

La norma constitucional tiene primacía sobre las normas legales que dan solamente recurso de apelación ante los tribunales de apelación de la Capital Federal y de acuerdo a lo dispuesto por la CSJN *in re Halabi*, 2009, hasta podría ser un amparo colectivo.<sup>71</sup> Hemos señalado el problema anteriormente, en distin-

<sup>67</sup> Vila, Sala IV, 11-IV-95; Terrabusi, Sala II, 8-VIII-93 y otros; ampliar en TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores,” en AA.VV., *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, cap. IX.

<sup>68</sup> Ver *infra*, t. 2, cap. XIII, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo13.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo13.pdf).

<sup>69</sup> Lo hemos explicado desde las primeras ediciones; *supra*, cap. IX, § 13, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloIX.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIX.pdf).

<sup>70</sup> Ver nuestro art. “Un día en la justicia: los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional,” LL, 1995-E, 988; *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2006, 6ª ed., cap XII; ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.; “Derechos de incidencia colectiva,” en *El Derecho Administrativo Argentino*, Hoy, op. cit., p. 274 y ss.

<sup>71</sup> LL, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”



tas oportunidades.<sup>72</sup> Existen antecedentes a tener en cuenta, porque están en la misma dirección.<sup>73</sup> Lo que decimos es, claro está, una extrapolación que deberá someterse al *test* jurisprudencial.<sup>74</sup>

## 11. Problemas de la apelación en la Capital Federal

### 11.1. ¿Es “apelación” de “jurisdicción”?

En el caso de los recursos a ser interpuestos ante las salas de la Cámara de la Capital existen diversos problemas a considerar. Uno de ellos es que las leyes que tratan el tema le niegan al ente regulador carácter de parte, lo cual es inconstitucional;<sup>75</sup> también le reconocen en algún caso una igualmente inconstitucional jurisdicción administrativa en casos que el órgano no tiene la necesaria independencia e imparcialidad para resolver.

La producción de prueba en sede judicial, de verse limitada por el tribunal, puede llevar a una nueva privación de justicia del individuo que acuda a sus estrados. Era más lógico crear más tribunales de primera instancia,<sup>76</sup> antes que reintentar atajos que a la larga no llevan a ninguna parte, además de privar al individuo en forma discriminatoria de la segunda instancia que existe en todas las demás materias, privación que es contraria al principio del art. primero de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>77</sup>

<sup>72</sup> Básicamente es la preocupación por encontrar al solución al problema que expresamos en “Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual,” en la *RAP*, 1997, 227: 5.

<sup>73</sup> Ver nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los grandes fallos de la actualidad,” en la 2ª ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998.

<sup>74</sup> CNF Civ. Com, Sala II, *Somoza, Adriana v. Metrogas S.A.*, 5-VIII-09, “si bien es cierto que la competencia atribuida al ENARGAS por el art. 66 de la ley 24076 podría tener naturaleza materialmente jurisdiccional, la Corte tiene dicho que ese organismo no califica como tribunal administrativo y que, por ende su «jurisdicción» debe interpretarse en sentido restrictivo. (conf. arg. arts. 18 y 109 de la CN; *Fallos*, 321: 776 y 328: 651, *Ángel Estrada*; esta Sala, doctrina de la causa n. 4421/08 del 2.09.) Y en este sentido, tal como lo ha puesto de resalto la jurisprudencia mayoritaria, es claro que el art. 43 de la CN sólo supedita al amparo a la existencia de otros medios judiciales más idóneos, sin hacer referencia a posibles vías administrativas (conf. esta Cámara, Sala 1, causa n. 5.483/00 del 14.9.00; Sala 3, causa n. 5.459/00 del 31.11.00; CNAp CAFed, Sala II, *in re Nieva, Alejandro y otros v. PEN* del 26-VIII-97; Cámara Civil, Sala M, *in re Guida, Héctor v. GCBA*, del 19-III-99; entre muchas otras.)”

<sup>75</sup> Cuando alguna Sala le da traslado como parte, el ENARGAS elige dejar desierto el traslado, asumiendo equivocadamente que ejerce facultad jurisdiccional: Nota ENARGAS 3.327, oficio 500/95, *Gas Natural Ban S.A.*; CERDEIRAS, *op. loc. cit.*; REJTMAN FARAH, *op. cit.*, p. 57. Ver CNF CA, Sala II, *Metrogas, LL*, 2003-E, 338; Sala I, *Distribuidora de Gas Cuyana*, expte. 5619/00, 31-X-02.

<sup>76</sup> “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962. “Administrative procedure reform: The experience of the americas,” *European Review of Public Law*, London, Esperia, vol. 21, n° 2, 2009, pp. 699-727, <http://gordillo.com/articulos/art3.pdf>.

<sup>77</sup> Como dato comparativo de interés, el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos estableció un recurso directo de apelación ante las cámaras del fuero, sin pasar por los juzgados de primera instancia. Esa norma fue declarada inconstitucional.

### 11.2. *¿No existe otra jurisdicción federal que la de Buenos Aires?*

Otro de sus problemas es determinar si la ley teóricamente obliga a todos los usuarios del país a litigar en la Capital Federal,<sup>78</sup> algo que solamente se justifica en el caso del recurso extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su calidad de última instancia nacional existente, pero no parece igualmente razonable cuando los actos dictados producen sus efectos en el interior del país. Al excluir la ley la intervención de la justicia federal del interior del país produce un exceso de causas en la Capital que afecta su tratamiento en el *plazo razonable* que exige el Pacto de San José en su art. 8°. Si por esa tardanza condenaron a Suiza en *Zimmermann y Steiner*, ni qué decir qué nos puede ocurrir a nosotros ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>79</sup>

### 11.3. *La norma legal invocada*

El art. 66 de la ley 24.076 establece en forma similar a la 24.065 que: “Toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidos en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente.”

La CSJN en el ya citado caso *Ángel Estrada* declaró la inconstitucionalidad de este tipo de normas en cuanto de ellas se desprende el otorgamiento de reparaciones económicas a los usuarios de los servicios públicos, por carecer el ente de control de suficiente independencia e imparcialidad.

La ley dice equívocamente que “Las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.” “El recurso deberá interponerse fundado ante el mismo ente dentro de los quince (15) días de notificada la resolución. Las actuaciones se elevarán a la cámara dentro de los cinco (5) días contados desde la interposición del recurso y ésta dará traslado por quince (15) días a la otra parte.” Resulta de lo expuesto que en *Ángel Estrada* que el ente no tiene facultades jurisdiccionales al no ser imparcial e independiente, lo que abriría entonces la vía de la primera instancia federal.

Como los plazos de interposición son diferentes, lo que hemos hecho con éxito en algún caso es interponer el recurso de apelación ante la Cámara en término,

<sup>78</sup> Lo mismo ocurre con las controversias contra la AFIP que se llevan al Tribunal Fiscal de la Nación. Hay reconocimientos ínfimos de esta irracionalidad, p. ej. que los abogados del interior no deban en estos casos pagar el bono fijo para el CPACF.

<sup>79</sup> Nos remitimos al cap. III y sus anexos de nuestro libro *Derechos Humanos, op. loc. cit.*; “La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional,” Revista *Fundejus*, año 3, n° 3, 1995, p. 23 y ss.; reproducido en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, FCU, 1996, p. 265 y ss.; reproducido como “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” *RAP*, 215: 151, Buenos Aires.

pero planter el problema y señalar que se lo va a iniciar en primera instancia, o se lo ha iniciado, y que se pide entonces a la Cámara que por razones de mejor ordenamiento espere a que llegue la eventual apelación de la anterior instancia para entender entonces, simultáneamente, con el recurso de apelación directo.

#### 11.4. *Su alcance en la propia ley*

Si bien el mentado art. 66 agrega que incluye en su disposición a todo tipo de tercero, lo cierto es que se refiere en primer lugar a los “sujetos” de la ley, que de acuerdo al cap. V se dividen en “sujetos activos” y meros “sujetos,” ninguno de los cuales comprende el usuario domiciliario.

Dice el art. 9° de la ley que: “Son sujetos activos de la industria del gas natural los productores, captadores, procesadores, transportistas, almacenadores, distribuidores, comercializadores y consumidores que contraten directamente con el productor de gas natural.” “Son sujetos de esta ley los transportistas, distribuidores, comercializadores, almacenadores y consumidores que contraten directamente con el productor.”

El concepto de consumidor “*que contrate directamente con el productor*” reaparece en la ley en diversas disposiciones, p. ej.: art. 34 primer y tercero párrs.

#### 11.5. *El usuario no es sujeto pasivo del ente*

Surge de ello que una figura tan clara como es el *usuario* del servicio no puede ser considerado, a la luz de esta normativa legal y a los fines de una supuesta jurisdicción obligatoria del ente, como un “sujeto,” ni siquiera pasivo, de la ley. Cuando la norma se refiere a terceros, no puede sino estar mentando a otros sujetos de igual entidad a los productores, transportistas y distribuidores que estén unidos entre sí por relaciones que hacen en forma directa e inmediata a la concesión o licencia otorgada por el Estado, única causa fáctica que puede sustentar la previa intervención obligatoria del ente antes de acudir a la *única* vía jurisdiccional *stricto sensu* prevista en nuestro sistema constitucional.<sup>80</sup>

#### 11.6. *El absurdo de millones litigando en Capital*

No puede pretenderse endilgar al Congreso nacional haber cometido el absurdo de someter a la “jurisdicción” (?) obligatoria del ente y subsecuente revisión por la Cámara Contencioso Administrativa de la Capital Federal *todos* los conflictos de *todos* los usuarios con todos los productores, transportistas y distribuidores del país...

<sup>80</sup> GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed., p. 386; 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, p. 605: “las decisiones de los órganos administrativos al resolver los conflictos deben estar condicionadas, siempre, a una revisión judicial suficiente.”

Ello significa tanto como que todos los usuarios de todo el país deberán acudir como única vía judicial posible a la Cámara Federal de la Capital, en otra faceta no despreciable de privación de justicia, en un país de ya más de cuarenta millones de habitantes y más de seis millones de consumidores.

Es tan absurda la tesis que se postula, que puede llevar a una absoluta privación de justicia a la *totalidad de usuarios de todo el país*, privados de su instancia judicial natural ante la justicia federal contencioso administrativa del lugar y sometidos en cambio a un disparatado cuello de botella de un único ente nacional y una única Cámara nacional. Tendrían que proveerla de decenas de nuevas Salas para atender *todas* las apelaciones contra los recursos de todos los usuarios de *todo* el país contra *todas* las transportistas y distribuidoras, etc.

Es cierto que la admisión de las *class actions* pone remedio a esta parte de la cuestión y ellas se hallan previstas por la ley de defensa del consumidor y los derechos de incidencia colectiva.<sup>81</sup> También es una solución la actuación judicial del Defensor del Pueblo de la Nación, al que algunos pronunciamientos antiguos negaron legitimación en tal sentido. Pero la Cámara Nacional Contencioso Administrativa, Sala de FERIA, resolvió en enero de 2009 la procedencia del amparo para cuestionar *in totum* los aumentos de las tarifas eléctricas dictados en forma desproporcionada y arbitraria. Esperemos que la tendencia se extienda.

## 12. Jurisdicción federal y/o local: In brevis<sup>82</sup>

### 12.1. En general

Acabamos de exponer una crítica al excesivo centralismo de una solución que traiga todos los conflictos judiciales a los tribunales federales de la Capital. Pero esto no es una cuestión que pueda interpretarse a favor de las autoridades locales de cada provincia, en materia de jurisdicción. Si se presta atención al argumento, se advertirá que en todos los casos él se resuelve en favor de la jurisdicción federal, no local.

Ello no es sino una derivación del problema más general que se presenta en este tiempo: Cuál es el ámbito de jurisdicción provincial para regular los grandes servicios públicos en su área de influencia y la extensión de la jurisdicción federal en la materia. La Constitución de 1994, que algo de mayor poder transfiere a las Provincias y les reconoce además el *dominio* de sus recursos naturales, nada dice que modifique el anterior esquema constitucional en materia de *jurisdicción*.

<sup>81</sup> *Supra*, cap. X, § 18, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloX.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf); *infra*, t. 2, cap. II, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo2.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo2.pdf). Ver BIANCHI, ALBERTO B., *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

<sup>82</sup> En este tema utilizamos información de base elaborada, junto a los Dres. GERMÁN BIDART CAMPOS, MARIO REJTMAN FARAH y ROBERTO SOLÁ, para el ENRE, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, en los años 1994 y 1995. También se ha utilizado material del libro del ENRE, *Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad*, Buenos Aires, 1996. Obviamente las tesis aquí sostenidas no representan la opinión del Ente ni de los coautores, aunque hemos aprovechado de su trabajo.

Ya la interpretación constitucional tradicional les reconocía a las provincias el dominio de sus recursos naturales, pero en materia de jurisdicción no se advierten sustanciales diferencias. Lo mismo puede decirse en materia de jurisdicción nacional y local sobre establecimientos de utilidad nacional, que la jurisprudencia anterior había ya establecido en la forma que ahora regula el art. 75 inc. 30 de la nueva Constitución.

Sin embargo es moneda corriente a fines del siglo XX y comienzos del XXI argüir las mismas cuestiones que se debatieron a fines del siglo XIX. Es posible que el medio siglo que duraron las nacionalizaciones hayan temporalmente acallado las discusiones, en el sentido de que no tenía importancia práctica discutir a la propia Nación su derecho a actuar en el ámbito local prestando un servicio bajo jurisdicción nacional y no local.

Al retirarse el Estado nacional como prestador de servicios locales y reaparecer los particulares como sus concesionarios, resurge el interés provincial por cuestionar la extensión de la jurisdicción nacional. Pero el sistema del siglo XIX está aun en la reforma de 1994. La cuestión de las competencias federales *versus* locales inclina el fiel de la balanza a favor del ente regulador nacional y no de la autoridad local. Cuando el país mismo está fuertemente condicionado internacionalmente,<sup>83</sup> no tiene mucho sustento fáctico querer reverdecer el provincialismo. Se puede en cambio crear el regionalismo interprovincial en el nuevo sistema constitucional y mundial.

Las razones normativas que determinan la jurisdicción nacional son tres: la jurisdicción del Congreso de la Nación en lo referente a los establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30 de la Constitución de 1994), el comercio interprovincial (art. 75, inc. 13) y los poderes implícitos del Congreso. (Art. 75, inc. 32.) Pero ello debe verse dentro de un contexto aun mayor, de más poderes federales subyacentes al sistema constitucional.<sup>84</sup>

El art. 67, inc. 12 establecía como facultad del Congreso “Reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.” El actual suprime “marítimo y terrestre,” con lo cual ninguna clase de comercio interprovincial queda excluida de la jurisdicción nacional: “Reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí” (art. 75, inc. 13.) *Prima facie*, la nueva norma es más terminante en cuanto a la extensión de la jurisdicción federal en el comercio interprovincial.

La jurisdicción debe entonces ser federal toda vez que exista comercio interprovincial, lo cual incluye no solamente los supuestos en que haya una comunicación, transporte o actividad que físicamente traspase los límites de una provincia, sino

<sup>83</sup> Como explicamos en el cap. VI, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloVI.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf) y su remisión al cap. IV, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloIV.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIV.pdf).

<sup>84</sup> De no ser así, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron.” (*Fallos*, 329: 2975.)

también los casos en que, aunque el medio de transporte utilizado termine en los límites de una provincia, la mercadería continúe su tránsito más allá de ese límite. Esa es la interpretación tradicional.

Así como el Congreso puede “Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina” (art. 75, inc. 32), así también las Provincias no pueden “ejercer facultades cuya asunción por los poderes locales obstaría o haría ineficaz el ejercicio de las atribuciones que corresponden al gobierno federal.”<sup>85</sup> “Dado un poder por la Constitución, los medios necesarios para llevarlo a cabo se juzgan siempre implícitos y el alcance de los mismos es que el Congreso tenga todas las atribuciones que sean necesarias y convenientes para hacer efectivos los poderes que le han sido conferidos de una manera expresa.”<sup>86</sup> La Constitución actual no cambia el esquema básico del poder federal preexistente: La base de los poderes implícitos (antes en el art. 67, inc. 28) no se modifica en el art. 75, inc. 32. Lo mismo ocurre con el anterior inc. 16 del art. 67, hoy inc. 18 del art. 75: “la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.” Estos poderes expresos de conceder nuevas industrias y actividades en todo el territorio del país implican los poderes “implícitos” del actual inc. 32 del mismo art. 75, antes inc. 28 del art. 67.

Existen varios temas alrededor de los cuales se fue construyendo el sistema legal y jurisprudencial que conforma la Constitución de 1853/60: Cabe mencionar en primer lugar la cláusula que, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, somete a jurisdicción federal el comercio interprovincial.<sup>87</sup>

A su vez, existen algunas consecuencias prácticas, que no son excluyentes de otras, de esta jurisdicción federal sobre el comercio interprovincial. Es aplicación del mismo principio de libre comercio y libre navegación de los ríos interiores, que incluye la de los lagos, en ambos casos aunque sean meramente flotables por balsas, juncos o jangadas. Se establece a título expreso la prohibición de aduanas

<sup>85</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1964, p. 499; CSJN, *Fallos*, 10: 380, *El Procurador Fiscal de la Prov. de San Juan c/ el Prior del Convento de Santo Domingo*, año 1871; BIELSA, *op. cit.*, p. 794.

<sup>86</sup> Ver ZAVALÍA, CLODOMIRO, *Lecciones de derecho público provincial y municipal*, t. I, 1928, Ariel, p. 53.

<sup>87</sup> Sobre la base de la concepción dinámica del “comercio” que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América expuso en el conocido caso *Gibbons v. Ogden*, la Corte Nacional formuló su doctrina al establecer que ese vocablo comprende, “además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otros medios, de ideas, órdenes y convenio.” Señaló también que “el poder para regular el comercio así comprendido es la facultad para prescribir las reglas a las cuales aquél se encuentra sometido y su ejercicio corresponde al Congreso de la Nación.” (*Fallos*, 154: 104; 282: 104; 298: 392, entre muchos otros.)

interiores, de cobrar derechos de tonelaje u otros a los barcos y de cobrar derechos de naturaleza alguna, actuales o futuros, por el tránsito de mercaderías de cualquier naturaleza por el territorio provincial. El art. 4° de la Constitución puede considerarse fundado en la necesidad de que toda comunicación escrita, que por esencia puede ser o es potencialmente interjurisdiccional, quede asegurada por el poder federal: por ello la telefonía y demás formas contemporáneas de comunicación son también de jurisdicción federal, incluso aunque la comunicación se complete dentro de una misma Provincia.<sup>88</sup>

### 12.2. *Poderes implícitos federales vs. poderes reservados provinciales*

Si bien puede afirmarse que las provincias retienen todo el poder que no han delegado en el gobierno nacional, lo cierto es que en la vida política argentina ha primado, desde el nacimiento mismo del sistema constitucional, la aceptación de poderes residuales implícitos en la Constitución para el Congreso de la Nación. En otras palabras, el Congreso puede hacer todo lo demás que crea conveniente para cumplir con los objetivos nacionales.<sup>89</sup> Es una cláusula exactamente contraria, en espíritu y en lenguaje, a la cláusula de los poderes residuales provinciales. Esos poderes implícitos del gobierno nacional han primado y han sido concretados en la aplicación secular de la Constitución, con una consecuente negación o limitación del principio de las facultades no delegadas por las Provincias. La conclusión interpretativa de la Constitución *real* es que las provincias sí han delegado expresamente tales poderes implícitos al estado nacional y poco se han reservado, en la práctica; nada de ello ha sido modificado en la actual Constitución de 1994.

Así como el Congreso nacional puede, a tenor del art. 75, inc. 32, “Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina,” así también y en equiparable acompañamiento, las Provincias no pueden “ejercer facultades cuya asunción por los poderes locales

<sup>88</sup> Debe tenerse en cuenta sobre todo el carácter nacional del sistema de telecomunicaciones, que torna de interés federal a cualquier punto de la red, toda vez que las características del sistema interconectado no permiten aislar determinadas telecomunicaciones en un área del tránsito que se dirige a otros puntos del país, o incluso, al exterior. La competencia del gobierno nacional sobre las comunicaciones telefónicas comprende a las empresas telefónicas que prestan servicios interprovinciales también en los aspectos locales de su tráfico, pues éste es inescindible del cometido nacional de la empresa, *Fallos*, 257: 159 y 268: 306. Respetando este principio se ha expedido la Sala II en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en la causa *Gallo*, en la que el tribunal se consideró que “Corresponde delimitar la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad a fin de entender en el juzgamiento de la supuesta omisión del GCBA en el ejercicio del control local y declarar la incompetencia con relación a la pretensión de desconexión en tanto puede afectar la prestación del servicio de telefonía móvil.” (CACyT, Sala II, Causa N° 25208/0, *Gallo Susana Beatriz c/GCBA s/ amparo (ART. 14 CCABA)*, 22-XI-07.)

<sup>89</sup> Algunos autores que no objetan la existencia de facultades implícitas del Congreso (art. 75, inc. 32 de la Constitución nacional) frente a las Provincias, en cambio las minimizan o desconocen, frente al Poder Ejecutivo.



obstaría o haría ineficaz el ejercicio de las atribuciones que corresponden al gobierno federal.”<sup>90</sup> Es lo que puede leerse del pronunciamiento de la Corte Suprema conforme al cual: “Dado un poder por la Constitución, los medios necesarios para llevarlo a cabo se juzgan siempre implícitos y el alcance de los mismos es que el Congreso tenga todas las atribuciones que sean necesarias y convenientes para hacer efectivos los poderes que le han sido conferidos de una manera expresa.”<sup>91</sup>

El principio de los poderes implícitos ha jugado históricamente a favor del poder central. La nueva Constitución, si bien traslada algo más de poder a las autoridades provinciales y municipales, no cambia en esta materia el esquema básico del poder federal existente al momento de su sanción. Tanto es ello así que la base tradicional de los poderes federales implícitos, que se encuentra según la reforma de 1860 en el art. 67 inc. 28, queda inmodificada en la Constitución de 1994 como art. 75 inc. 32. A su vez, cabe recordar que el viejo inc. 16 del art. 67, hoy inc. 18 del art. 75, está intacto en cuanto da poderes expresos a la Nación para promover: “la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”

Estos poderes expresos de conceder y establecer nuevas industrias y actividades en todo el territorio del país arrastran los poderes “implícitos” mentados en el actual inc. 32 del mismo art. 75. La Constitución actual no cambia el esquema básico del poder federal preexistente: La base de los poderes implícitos (antes en el art. 67, inc. 28) no se modifica en el art. 75, inc. 32.

### 12.3. *El concepto de “legislación” o “jurisdicción” federal*

Cuando se habla, en cualquiera de estos temas, de “jurisdicción,” “reglamentación” o “legislación” federal, en rigor de verdad se hace referencia inevitable tanto a la actividad legislativa como administrativa y jurisdiccional del Estado nacional y a la de los entes reguladores en especial.

Parece obvio que no sería muy coherente sostener que se aplica la *administración* federal pero la *jurisdicción* local y tampoco se ha entendido nunca que cuando se aplica la *legislación federal* no sea aplicable también la *jurisdicción federal*. El caso de la legislación de derecho común que es aplicada por los tribunales locales se refiere precisamente a la legislación común, no a la federal.<sup>92</sup> En temas que resultan por su naturaleza de derecho federal la aplicación de la legislación

<sup>90</sup> CSJN, *El Procurador Fiscal de la prov. de San Juan c/ el Prior del Convento de Santo Domingo*, año 1871, *Fallos*, 10: 380; BIELSA, *op. cit.*, p. 794.

<sup>91</sup> Citado por ZAVALÍA, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>92</sup> No pocas discusiones ha abierto sobre este punto la ley de defensa del consumidor 24.240. Ver SCHEIBLER, “¿Un caso de intervención federal *judicial* a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de Defensa del Consumidor?”, *JA*, 2006-II, p. 348; MORTIER, NATALIA y PASQUALINI, ANA



federal apareja inevitablemente tanto la administración como la justicia federal. Por lo demás, la existencia de normas emanadas del poder federal abre la vía del recurso extraordinario por ante la CSJN, con lo cual de hecho se refuerza otra especie de la jurisdicción federal.

#### 12.4. *La cláusula del comercio interprovincial*

En lo que hace al comercio interprovincial, el art. 67 inc. 12 establecía como facultad del Congreso de la Nación “Reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.” El actual texto suprime “marítimo y terrestre,” con lo cual ninguna clase de comercio interprovincial queda excluida de la jurisdicción nacional: “Reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí” (art. 75, inc. 13.) La nueva norma parece incluso más terminante en cuanto a la extensión de la jurisdicción federal en materia de comercio interprovincial.

La jurisdicción es federal toda vez que exista comercio interprovincial, lo cual incluye no solamente los supuestos en que haya una comunicación, transporte o actividad que físicamente traspase los límites de una provincia o de la Capital Federal, sino también los casos en que, aunque el medio de transporte utilizado termine en los límites de una provincia, la mercadería continúe su tránsito más allá de ese límite, por otro medio.

Por ello es que con acierto ha podido señalarse que “la tendencia de nuestra organización ha sido siempre hacia [...] una fortificación de la autoridad central.”<sup>93</sup> La Constitución de 1994 ensaya una disminución del poder central y un aumento de las facultades provinciales, pero no ha alterado el sistema constitucional como para poder afirmarse que es letra muerta lo construido durante un siglo y medio de jurisprudencia sobre establecimientos de utilidad nacional, comercio interprovincial, poderes implícitos de la Nación, etc. Es una conclusión exagerada. Los principios básicos en materia de jurisdicción federal siguen vigentes, con la única salvedad, ya hecha anteriormente por la CSJN, de que en los lugares donde se hallen instalados establecimientos de utilidad nacional las Provincias pueden ejercer sus poderes, en tanto y en cuanto, no se refieran al objeto mismo del establecimiento ni invadan lo que es comercio interprovincial. Los servicios públicos nacionales claramente importan comercio interprovincial; de ello no puede caber duda desde las leyes de ferrocarriles del siglo pasado y la interpretación que tuvieron. Cuando el Congreso se apreste a negar jurisdicción a la Ciudad de Buenos Aires en estas materias, no está sino aplicando los principios constitucionales que le son aplicables a las Provincias.

E., “Algunas reflexiones sobre el Ente Único Regulador de la Ciudad,” en *ÍADA Ciudad*, n° 1, 2007, p. 162 y ss.

<sup>93</sup> ZAVALÍA, *Lecciones...*, op. cit., p. 55.

### 12.5. *El ente regulador como establecimiento de utilidad nacional*

Para el caso es más determinante el principio que establece la jurisdicción federal en los establecimientos de utilidad nacional ubicados en el territorio de las provincias. (Todas las entidades nacionales de cualquier naturaleza jurídica que tienen actividad en una provincia.) En algunas épocas se le reconoció a la Nación jurisdicción exclusiva y excluyente en cualquier acto o hecho que se celebrara o acaeciera dentro del límite físico del establecimiento de utilidad nacional y hasta se llegó a hablar de una supuesta federalización del lugar.<sup>94</sup>

Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia se inclinaron finalmente por la tesis de la jurisdicción concurrente de la Nación y las autoridades locales, tanto provinciales como municipales y ésta es la solución existente al momento de la reforma de 1994. Pero esa concurrencia tiene particularidades muy definidas: Es sólo concurrente en cuanto a que lo que **no** hace de manera directa e inmediata al objeto del establecimiento de utilidad nacional, queda bajo jurisdicción local. Lo que entra dentro del fin u objeto del establecimiento nacional, sigue siendo jurisdicción federal exclusiva y excluyente. Dicho en otras palabras, no hay concurrencia alguna en cuanto a lo que constituye el fin específico del establecimiento de utilidad nacional. En este sistema constitucional, la jurisdicción federal es exclusiva y excluyente en lo que hace en forma directa (y en algún caso indirecta) al objeto mismo de la actividad del establecimiento federal y es local en lo restante.

Así, en un puerto federal en territorio provincial será de jurisdicción federal todo lo atinente a la actividad portuaria, pero es aplicable la jurisdicción local, tanto provincial como municipal, en materia de impuestos locales, seguridad e higiene, habilitaciones, etc. de las actividades no estrictamente portuarias: Restaurantes, etc. La seguridad portuaria en lo que hace a la operación específica del puerto es, desde luego, de jurisdicción federal. La privatización o provincialización de puertos, ahora admitida por la legislación, traspasa jurisdicción portuaria a la autoridad local pero no modifica la cláusula del comercio interprovincial.<sup>95</sup>

De este modo, la tendencia no es tanto a considerar la jurisdicción federal en razón del territorio ocupado por el establecimiento, sino en razón del objeto fin de éste. Como dijo en tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “No basta que un lugar situado dentro de una provincia sea de propiedad de la Nación para que ésta ejerza en él una jurisdicción exclusiva, en razón de que la ley constitucional determina los fines nacionales a que debe estar destinado. Tampoco es indispensable ese derecho de propiedad cuando el empleo de la cosa exige la jurisdicción nacional. Y la razón es obvia: es la destinación de los lugares,

<sup>94</sup> CSJN, Fallos, 240: 311, *Cardillo*, 1958; 262: 186, *Frigorífico Armour de La Plata S.A.*, 1965, entre otros.

<sup>95</sup> “Desregulación y privatización portuaria,” *RDA*, 9: 31, Buenos Aires, 1992, reproducido en *Después de la Reforma del Estado*, op. cit., cap. VIII.

la construcción en ellos de fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional lo que determina y justifica el ejercicio de la legislación exclusiva del Congreso, o sea la jurisdicción de las autoridades federales.”<sup>96</sup>

Es frecuente la solución de que no hace falta el dominio o propiedad de la tierra.<sup>97</sup> Si el servicio se otorga en concesión a una Provincia deja de ser un establecimiento de utilidad nacional;<sup>98</sup> ello muestra que la titularidad del establecimiento es esencial, pero no necesariamente la titularidad del dominio de la tierra, dado que es frecuente que la escrituración de los terrenos de los establecimientos nacionales no se haya realizado nunca.

Si la concesión es otorgada a particulares pero el poder concedente es nacional y éste otorga expresamente el control a un establecimiento de utilidad nacional, para más creado a ese específico efecto por ley del Congreso de la Nación, entonces obviamente la jurisdicción es federal. La mera calidad de propietario no le confiere jurisdicción federal al Estado nacional, a menos que haya una afectación a un fin que encuadre en los supuestos de jurisdicción federal;<sup>99</sup> a la inversa, que no tenga la calidad de titular del dominio donde el servicio concedido se instala no le priva de su jurisdicción federal, cuando la tiene en razón del fin del establecimiento. El término “Nación” es comprensivo de los entes autárquicos nacionales.<sup>100</sup> También la jurisdicción federal se extiende sobre los lugares adyacentes a la obra de carácter nacional.<sup>101</sup>

## 12.6. *La norma constitucional actual: Art. 75 inc. 30*

Hemos expuesto anteriormente cómo fue interpretada la Constitución cuando su texto decía en el entonces art. 67, inc. 27, que correspondía al Congreso de la Nación: “Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital

<sup>96</sup> Citado por ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 356. Análisis de un caso concreto en DANIELE, NÉLIDA MABEL “La autolimitación del tribunal como criterio válido para deslindar la competencia federal y local. Sus implicancias para la sentencia definitiva o para su cumplimiento,” *LL*, 2002-D, 294.

<sup>97</sup> CSJN, *Fallos*, 15: 137, *D. Cayetano Pines*, año 1874; 21: 491, *Lorenzo Peluffo*, año 1879; 103: 403, *Fuentes Aranguna y Estrella*, año 1906; 154: 312, *Marconetti, Boglione y cía.*, año 1929; 215: 260, *Cruzeiro Do Sul*, año 1949; 220-II: 1354, *Amaro*, año 1951. GONDRA, JORGE M., *Jurisdicción federal*, Buenos Aires, ed. de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, p. 359, critica la solución, pero su opinión no se ha impuesto en nuestro derecho.

<sup>98</sup> CSJN, *Fallos*, 154: 312, *Marconetti, Boglione y Cía.*, 1929.

<sup>99</sup> CSJN, *Fallos*, 53: 254, *Sollecito Allaqua*, 1893; 103: 403, 415, *Araguna y Estrella*, 1906; 154: 312, *Marconetti, Boglione y Cía.*, 1929; 155: 104, 113, *Frigorífico Armour de La Plata contra la Provincia de Buenos Aires*, 1929; DE VEDIA, AGUSTÍN, *Constitución argentina*, Buenos Aires, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, 1907, p. 365.

<sup>100</sup> Así p. ej. en *Fallos*, 141: 60, 64, *Contardi*, 1924, se dijo que el ente “es de propiedad de la Nación costeadado con dinero de la misma y creado con fines de utilidad nacional.” Igual afirmación respecto al Consejo Nacional de Educación en *Fallos*, 115: 408, 410, *Clavelles*, 1912: “Que el establecimiento de la referencia es de propiedad de la nación, costeadado con dineros de la misma y creado con fines de utilidad nacional, por todo lo que debe considerárselo comprendido en la disposición del art. 67, inc. 27 de la Constitución.”

<sup>101</sup> CSJN, *Fallos*, 197: 292, 317/8, *Provincia de Buenos Aires c/ Swift de La Plata*, año 1943.

de la Nación y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional.” Ahora la Constitución dispone en el art. 75 inc. 30 que corresponde al Congreso: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.” El actual texto omite la *propiedad* nacional como base de la *jurisdicción* federal, tal como ya había sido resuelto por la Corte Suprema y además establece que esa legislación es sólo aplicable a los fines específicos del establecimiento, como igualmente lo resolviera la jurisprudencia en las décadas previas a la reforma de 1994.

### 12.7. *La ley es la que fija la jurisdicción federal*

Es firme la solución según la cual “corresponde al Congreso elegir en cada caso el carácter y extensión con que ha de legislar sobre los territorios adquiridos;”<sup>102</sup> en forma paralela, la jurisprudencia de la CSJN ha establecido que la extensión de la jurisdicción local depende de la ley nacional<sup>103</sup> y ello se compadece con el texto constitucional en la medida en que la aplicación de la legislación local queda subordinada a la regla de la no interferencia a los fines federales. Como es obvio, esto no es una regla que sea de fácil aplicación pacífica. Quizás un caso paradigmático sea el de la villa 31, asentamiento irregular en bienes de un establecimiento de utilidad nacional, que por supuesto nada tiene que ver con el asentamiento mismo, pero que ha sido objeto de frecuentes controversias jurisdiccionales entre la Ciudad y la Nación. Existen muchos juicios entre las mismas partes por diferentes supuestos conflictivos.

Se ha dicho de antaño, en sostén de la solución expuesta, que “[s]ólo la legislación nacional mencionada podría establecer y delimitar la compatibilidad de dicho ejercicio con las atribuciones excluyentes de la Nación en todo cuanto concierne a las condiciones bajo las cuales han de desenvolverse las actividades con las que se preste el servicio público de carácter nacional;”<sup>104</sup> la legislación local es inaplicable “si no hay ley nacional que establezca esa compatibilidad.”<sup>105</sup>

Más aun, a veces se ha resuelto que es aplicable la jurisdicción federal aun sin ley que decida asumirla en forma expresa.<sup>106</sup> Lo cual indica una interpretación de hecho extensiva de la ley federal en la materia: La jurisdicción federal nace

<sup>102</sup> CSJN, Fallos, 160: 342, 354, Tunkieviez, 1931.

<sup>103</sup> Fallos, 182: 157, 162, *Frigorífico Swift de La Plata*, año 1938.

<sup>104</sup> CSJN, Fallos, 215: 260, 279, *Servicios Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda.*, año 1949.

<sup>105</sup> CSJN, Fallos, 215: 260, 280.

<sup>106</sup> Fallos, 271: 186, 191, *Marconetti Ltda. S.A.I.C.*, año 1968; anteriormente 155: 104, 111, *Frigorífico Armour de La Plata*, año 1929.

del objeto o fin mismo del establecimiento de utilidad nacional, de acuerdo a esta lectura de la Constitución.

### 12.8. *Permanencia del problema jurisdiccional*

Ese conflicto interjurisdiccional es permanente. Existen siempre fuerzas políticas reales que plantean una y otra vez la cuestión. Es de recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en 1929 “Que en presencia de los antecedentes expuestos y la facultad atribuida al Congreso de «ejercer una legislación exclusiva [...]», no parece posible que el ejercicio de aquélla pudiera dar lugar a discusiones jurídicas y aun a conflictos judiciales.”<sup>107</sup> Lo mismo en 1968 cuando comenta “la cantidad de cuestiones litigiosas que se han suscitado”<sup>108</sup> no obstante el “sentido intergiversable de la palabra «exclusiva»— que quiere decir única y no compartida—.”<sup>109</sup>

Ya ocurrió, en 1934 y 1936,<sup>110</sup> que la administración central admitiera la jurisdicción local. La respuesta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue la misma: “Que la presente contienda importa traer de nuevo a los estrados judiciales una cuestión ya resuelta por esta Corte Suprema.” “Igual cuestión fue reproducida entre las mismas partes cuatro años después, llegándose a idénticos resultados con el Tribunal integrado de otra manera.” “Que la conclusión establecida en aquellas sentencias [...] debe ser mantenida. Las razones de orden jurídico detenidamente expuestas en aquellos pronunciamientos son definitivas y se dan aquí por reproducidas, con el fin de evitar repeticiones innecesarias.”<sup>111</sup>

Esa jurisprudencia cambia antes de la reforma de 1994, pero con el único alcance de circunscribir la jurisdicción federal al objeto del establecimiento de utilidad nacional, no al territorio que él ocupa. Es la interpretación que recoge la reforma de 1994 en el inc. 30 del art. 75: “dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.”

Esta redacción no altera la solución precedente: el Congreso de la Nación sigue teniendo jurisdicción federal exclusiva y excluyente en todo lo que atañe al objeto o fin del establecimiento de utilidad nacional. Dado que esta solución y esta interpretación no es pacífica en la *praxis* constitucional, pues de hecho las provincias cuestionan la jurisdicción federal e intentan ejercer jurisdicción provincial en las materias propias de los entes reguladores previstos en el art. 42 de la Constitución, pensamos que tal vez se justifique reiniciar la exposición

<sup>107</sup> *Fallos*, 155: 104, 111, *Frigorífico Armour de La Plata c/ la Prov. de Bs. As.*, año 1929.

<sup>108</sup> *Fallos*, 271: 186, *Marconetti Ltda. S.A.I.C.*, año 1968.

<sup>109</sup> *Fallos*, 271: 186, 192, citado.

<sup>110</sup> Citado en *Fallos*, 292: 307 y 308, *Palma*, año 1975.

<sup>111</sup> *Fallos*, 197: 292, 315, 316, *Provincia de Buenos Aires v. Swift de La Plata*, 1943.

más detalladamente.<sup>112</sup> En todo caso reiteramos que la solución de obtener más poder para las provincias pasa por la vía de integrar voluntariamente órganos o entes regionales, con participación nacional pero predominio provincial.<sup>113</sup>

### 13. In extenso: *El comercio interprovincial*

El anterior art. 67 inc. 12 establecía como facultad del Congreso de la Nación “Reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.”

El actual texto suprime la calificación de “marítimo y terrestre,” con lo cual ninguna clase de comercio interprovincial queda excluida de la jurisdicción nacional: “Reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí” (art. 75, inc. 13). *Prima facie*, la nueva norma es más terminante en cuanto a la extensión de la jurisdicción federal en comercio interprovincial. Cuando en el siglo XIX se dictó la legislación ferroviaria, ella fue interpretada por la CSJN, fijando algunos supuestos básicos en el sistema constitucional argentino. La jurisdicción es federal toda vez que exista comercio interprovincial, lo cual incluye no solamente los supuestos en que haya una comunicación, transporte o actividad que físicamente traspase los límites de una provincia o de la Capital Federal (un tren que cruce un límite provincial), sino también los casos en que, aunque el medio de transporte utilizado termine en los límites de una misma provincia, la mercadería continúe su tránsito más allá de ese límite, por otro medio de transporte. Lo mismo es obviamente aplicable tanto si el objeto del comercio es una cosa mueble o un bien inmaterial. Un ejemplo temprano de la extensión dada originariamente a la jurisdicción nacional es la ley Mitre 5315 que liberaba a las concesionarias nacionales de los impuestos provinciales y municipales. Por

<sup>112</sup> En los últimos años ha habido una impronta provincial en la creación de entes locales que extienden su competencia en materia de servicios públicos nacionales. Entre ellos cabe mencionar al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, creado mediante ley 210 (ver MORTIER y PASQUALINI, *op. cit.*), y al Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSEP) creado por ley 8835 y sus modificatorias en Córdoba. Con respecto a este último ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia, rechazando la impronta provincial. (*Telefónica Comunicaciones Personales S.A. v. Ente Regulador de Servicios Públicos de Córdoba*, Cámara Contencioso-administrativa de Córdoba, sala 1ª, 18-VIII-05, Lexis Nexis N° 70022862.) En igual sentido se ha expedido nuestro máximo tribunal ante una cuestión atinente al contralor de servicios públicos de naturaleza federal, al sostener que “...el decreto local impugnado, en cuanto admitió la competencia de la dirección de fiscalización y Control Provincial para entender en una denuncia por publicidad engañosa relativa a la prestación del servicio telefónico, constituye un indebido avance sobre las facultades que las provincias delegaron a la Nación (arts. 75, incs. 13 y 32, y 126, CN), dado que se introduce en la regulación y control de aspectos referidos a la organización y funcionamiento del servicio telefónico de atribución exclusiva del gobierno federal, así como en la competencia asignada a la CNC para controlar la prestación de esos servicios.” (CSJN, *Fallos*, 326: 4718.) La línea de este criterio se observa también en *Fallos*, 328: 2671 (BNA c/ *Programa de Defensa de consumidor Comercio y Cooperativas de la Pcia. San Luis s/ apelación ley 24.240*, sentencia del 28-VII-05) y en *Telefónica de Argentina s/ acción de inconstitucionalidad*, sentencia del 11-VII-07.

<sup>113</sup> Nuestro art. “La región [...]” en el libro *Después de...*, *op. cit.*, 2ª ed., cap. X.

ello ha podido decirse que “la tendencia de nuestra organización ha sido siempre hacia [...] una fortificación de la autoridad central.”<sup>114</sup>

### 13.1. *Prohibición de aduanas interiores*

La Constitución es categórica en prohibir las aduanas interiores, es decir provinciales, lo cual implica el principio de la libre circulación de bienes por todo el interior del país sin restricciones ni controles de ninguna especie: Art. 9°. “En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso.” Art. 10: “En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores.” Art. 11: “Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.”<sup>115</sup> Art. 12: “Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio.”

El mismo principio se establece en el art. 75 cuando se trata de las atribuciones del Congreso de la Nación, al cual corresponde: 1.— “Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.” 10. “Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes y crear o suprimir aduanas.”

Al referirse a los gobiernos de Provincia, la Constitución es igualmente explícita en la obligación contraria de no inmiscuirse en materia de comercio, navegación ni establecer aduanas provinciales o derechos de tonelaje, lo cual significa ningún derecho ni limitación sobre la circulación de bienes en el país, como ya surgía de los arts. 10 y 11. Art. 126.— “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre

<sup>114</sup> ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 55, quien además expresa y enfáticamente apoya en la p. 53 la exención nacional de impuestos locales. Lamentablemente la tendencia continúa siendo hacia la centralización del poder ejecutivo federal, como lo explicamos con referencias empíricas en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” *infra*, t. 7, cap. XII, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo12.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf).

<sup>115</sup> Esta libertad de tránsito interior es parte del principio universal de la libertad de tránsito, sobre todo dentro de una misma región en sentido jurídico, como el MERCOSUR, derecho que no tutelamos en el caso del corte del puente internacional frente a Botnia. La medida cautelar que pedimos al Tribunal de la Haya fue rechazada por la totalidad del numeroso tribunal con la solitaria disidencia de nuestro representante en él.



comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultades de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.”<sup>116</sup>

### 13.2. *Tarifas, derechos, etc., de tránsito*

Es evidente la preocupación del constituyente por impedir el cobro de derechos o tarifas de cualquier naturaleza por el tránsito de mercaderías, de la índole que fuere, por territorio provincial. Así surge del art. 9, que al establecer el principio de que “no habrá más aduanas que las nacionales,” puntualiza que en ellas “regirán las tarifas que sancione el Congreso.” En otras palabras, que no habrá tarifas provinciales por tránsito de bienes en el interior del país. En igual sentido es categórico el art. 10 en cuanto puntualiza que en el interior de la República “es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional.” Otra vez, que las provincias no pueden establecer derechos de circulación para los bienes producidos en el país, ni tampoco para los importados como luego aclara. Es más que terminante el art. 11 al disponer que “Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera [...] que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.” Es una frase que parece pensada ex profeso para los derechos de peaje que ahora las provincias pretenden cobrar por el tránsito del fluido eléctrico. El art. 12, como ya vimos, prohíbe que los buques sean obligados a “pagar derechos por causa de tránsito.” Por último, el art. 126 prohíbe a las

<sup>116</sup> Especial situación ostenta la Ciudad de Buenos Aires, que encorsetada en la ley 24.588 (conocida como “ley Cafiero”), de dudosa constitucionalidad, sigue batallando por su autonomía. Una vez más en sentido negativo a la misma se ha pronunciado la “nueva” Corte al sostener que “este Tribunal ha decidido desde el primer precedente en que tuvo ocasión de pronunciarse (*Fallos*, 322:2856) hasta en las decisiones más recientes dictadas en las causas *Mendoza* (*Fallos*, 329:2316) y *A.827.XLIII. Asociación Civil para la Defensa Ciudadana c/ Estado Nacional y otro (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) s/ acción de amparo* del 27 de noviembre de 2007, que aquella entidad no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos estados locales de litigar -en los supuestos contemplados por las disposiciones citadas en la instancia originaria de esta sede, que por ser de exclusiva raigambre constitucional no es susceptible de ampliarse, restringirse o modificarse por persona o poder alguno (arts. 44, 45, 54, 75, incs. 2º, 30 y 31, 124, 125, 129 y cláusula transitoria séptima).” CSJN, *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Tierra del Fuego, Provincia del s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos*, sentencia del 18-XII-07, *Fallos*, 330: 5279.



provincias tanto “expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales,” como “establecer derechos de tonelaje,” con más la prohibición de ejercer los poderes delegados a la Nación, entre los que están categóricamente incluidos toda y cualquier clase de derechos por el tránsito. No se trata de una mera cuestión fiscalista, provincialista ni centralista: está en juego el principio del libre comercio interprovincial e internacional que nuestra primigenia Constitución estableciera y luego se abandonara por la creciente legislación intervencionista de este siglo. Pero ahora se ha retornado en la legislación nacional, desde 1989, al nuevo principio internacional que es el mismo de la Constitución de 1853/60, el de la libre circulación de bienes y personas, sin limitaciones, barreras ni derechos de naturaleza alguna. Si ese es el principio que ahora rige en el nuevo orden económico mundial, no se advierte la razón por la cual no sería él de aplicación en el orden interno de nuestro país.

### 13.3. *Su aplicación sobre el “peaje eléctrico”*

En la actualidad, luego de la reforma del Estado y de la Constitución, las provincias vuelven a formular los planteos de antaño y así es como en materia eléctrica, p. ej., a veces se pretende a nivel local cobrar derechos llamados de “peaje” por el tránsito de fluido eléctrico por redes locales. Algunos invocan la propiedad de la red local como argumento, no advirtiendo que también los ríos interprovinciales y las riberas son de propiedad local y sin embargo les está vedado cobrar derechos de tonelaje; olvidando que aun cuando los caminos sean locales tampoco pueden cobrar tales derechos de tránsito. Específicamente, se transgreden las normas constitucionales según las cuales: “En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional” (art. 10) y que “Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera [...] que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten” (art. 11, primera parte); “y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.” (Art. 11, segunda parte.)

### 13.4. *La navegación*

El art. 12 de la Constitución, continuando lo establecido en igual sentido por los arts. 9 a 11, dispone que “Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio.” De igual modo, el art. 26 establece que “La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional.

A su vez, la actual Constitución contiene en su art. 75, inc. 10 la primera parte del viejo art. 67, inc. 9º: “Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes y crear o suprimir aduanas.”

Surge de allí que todo lo atinente a la libre navegación de los ríos corresponde a la legislación nacional, sin ni siquiera la exigencia de que se trate de ríos interprovinciales. Del mismo modo el anterior art. 100 y actual 116, al fijar las atribuciones de la Corte Suprema y demás tribunales federales inferiores, incluye “el conocimiento y decisión [...] de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.” La regla guarda concordancia con la anterior y la que luego explicamos.

La *ratio juris* es la misma, aun cuando se trata específicamente de bienes que se reconocen del dominio público de las provincias. El reconocimiento de la propiedad provincial de las aguas, el lecho y las playas es virtualmente unánime desde el dictamen de 1894 del procurador general de la Nación Dr. EDUARDO COSTA.<sup>117</sup>

Pero no obstante pertenecerles el dominio, la doctrina constitucional nunca les reconoció la jurisdicción en lo que hace a la navegación, atento al claro texto constitucional y a la idea de que con ello se sirve al comercio interprovincial e internacional. Aunque el dominio de los ríos (o lagos navegables) pertenece a las Provincias, la jurisdicción, tanto legislativa como judicial y por consecuencia administrativa, le corresponde a la Nación.<sup>118</sup>

En el debate en el Senado SARMIENTO y VÉLEZ SANSFIELD sostuvieron la tesis de la propiedad nacional del suelo o lecho; predominó la opinión contraria de MITRE, por la provincia de Buenos Aires, quien sin embargo sostuvo que la Nación: “Como poder público, representante de la propiedad común, hay un campo vasto en que ejerce una jurisdicción, o un imperio exclusivo y absoluto y es sobre la superficie de las aguas navegables. Esto no quiere decir que el poder nacional sea dueño de esas aguas; es simplemente regulador.”<sup>119</sup> En las riberas, la Nación tiene jurisdicción “al único y exclusivo objeto de asegurar la libre navegación y facilitar, por lo tanto, el comercio internacional e interprovincial.”<sup>120</sup> La libre navegación sigue la regla del libre comercio y circulación; no hace entonces sino adelantar a nivel del país lo que es la tendencia internacional. La jurisdicción va lentamente dejando de ser nacional en determinadas materias, para transformarse en supranacional.

### 13.5. Las represas hidroeléctricas como lagos navegables

El régimen de los ríos es el mismo para los lagos navegables.<sup>121</sup> Ese concepto abarca a todas las represas hidroeléctricas, porque el concepto de navegabilidad es sumamente amplio, incluyendo la mera flotabilidad; de allí que exista otro ele-

<sup>117</sup> Citado por ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 352.

<sup>118</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1981, p. 311 y ss.

<sup>119</sup> Citado por ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 353.

<sup>120</sup> ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 351.

<sup>121</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 442 y sus remisiones.

mento más de jurisdicción federal en materia de energía eléctrica. Se ha dicho así, en efecto, que un cauce de agua o un lago es navegable en sentido jurídico “cuando sea «prácticamente» flutable, es decir, que sea susceptible de transportar balsas o jangadas y no precisamente «buques» (cualquiera sea el tonelaje de estos).”<sup>122</sup> El uso turístico del lago también encuadra dentro del concepto de navegabilidad: Como decía FREITAS en su Proyecto, son cauces navegables “aquellos en que la navegación es posible, natural o artificialmente, en todo su curso o en parte de él, a vela, remo o a la sirga por embarcaciones de cualquier especie, como también por jangadas, lanchas y balsas de madera.”<sup>123</sup>

### 13.6. *Otras comunicaciones*

Conforme al art. 4º de la Constitución, lo atinente al régimen de Correos es federal. Bajo esta primera definición podemos luego encuadrarlo también como establecimiento de utilidad nacional y como un supuesto de comunicación interprovincial e internacional.

A pesar que alguna carta sea emitida y tenga como destinatario alguien que se encuentra en el mismo territorio de una Provincia, no por ello la jurisdicción será provincial: Es que una carta sirve a las comunicaciones y como tal es de necesaria trascendencia material e inmaterial más allá de una sola jurisdicción. Bien se advierte que la *ratio juris* constitucional es la misma que con la navegación de los ríos interiores, o con la prohibición a las provincias de fijar tarifas a los barcos que recorren los ríos, o aduanas interiores, etc.

La lógica constitucional es siempre la misma y ello tiene luego aplicación al momento de considerar nuevas formas de transacción comercial, de producción y venta de bienes o servicios que aunque no existieran al momento de sancionarse la Constitución, entran dentro de su misma ratio: *Eadem ratio, idem jus*. Dicho principio lleva a igual solución para los casos análogos: Telefonía nacional e internacional (*Fallos*, 257: 159 y 268: 306), transmisión de datos punto a punto, servicios de *fax*, *store and forward*, telex, *e-mail*, etc.

### 13.7. *De nuevo sobre los establecimientos de utilidad nacional*

También existe jurisdicción federal en los establecimientos de utilidad nacional ubicados en el territorio de las provincias (todas las entidades nacionales de cualquier naturaleza jurídica que tienen actividad en una provincia). En algunas épocas se le reconoció a la Nación jurisdicción exclusiva y excluyente en cualquier acto o hecho que se celebrara o acaeciera dentro del límite físico del establecimiento de utilidad nacional y hasta se llegó a hablar, en lo que hoy se reconoce

<sup>122</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 267; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, TEA, 1952, p. 575.

<sup>123</sup> Código Civil, t. I, art. 331, p. 188.

como exageración, de una supuesta federalización del lugar.<sup>124</sup> Era así como las habilitaciones para comercios en el área las efectuaba la autoridad nacional (es conocido en la Capital Federal cómo FEMESA otorgaba las habilitaciones municipales en lugar de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires) y hasta los crímenes de derecho común allí ocurridos eran juzgados en algunos casos por la justicia federal y no la provincial. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia se inclinaron finalmente por la tesis de la jurisdicción concurrente de la Nación y las autoridades locales, tanto provinciales como municipales; ésta es la solución existente al momento de la reforma de 1994.

Luego veremos cómo cabe plantear la cuestión a partir del texto constitucional actual. En este sistema constitucional, la jurisdicción federal es exclusiva y excluyente en lo que hace en forma directa (y en algún caso indirecta) al objeto mismo de la actividad federal y es local en lo restante. Así, en un puerto federal en territorio provincial será de jurisdicción federal todo lo atinente a la actividad portuaria, pero es aplicable la jurisdicción local, tanto provincial como municipal, en materia de impuestos locales, seguridad e higiene, habilitaciones, etc. de las actividades no estrictamente portuarias: restaurantes, etc.

### 13.8. *No hace falta el dominio, sino el fin*

Otra cuestión es si se trata en la especie de una jurisdicción en razón del lugar, de la propiedad de la tierra, o del objeto o finalidad. La respuesta de nuestra CSJN ha sido que es determinante el fin al que el establecimiento sirve. Dijo a propósito: “No basta que un lugar situado dentro de una provincia sea de propiedad de la Nación para que ésta ejerza en él una jurisdicción exclusiva, en razón de que la ley constitucional determina los fines nacionales a que debe estar destinado. Tampoco es indispensable ese derecho de propiedad cuando el empleo de la cosa exige la jurisdicción nacional. Y la razón es obvia: Es la destinación de los lugares, la construcción en ellos de fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional lo que determina y justifica el ejercicio de la legislación exclusiva del Congreso, o sea la jurisdicción de las autoridades federales.”<sup>125</sup> Es firme la solución de que no hace falta el dominio o propiedad de la tierra para que haya jurisdicción federal.<sup>126</sup> Desde luego, si la Nación se desprende de la operación de un establecimiento de utilidad nacional, aun guardando la propiedad del terreno y otorga el servicio en concesión a una Provincia, eso deja de ser un establecimiento de utilidad nacional y pasa a jurisdicción

<sup>124</sup> Fallos, 240: 311, Cardillo, 1958; 262: 186, *Frigorífico Armour de La Plata S.A.*, 1965, entre otros.

<sup>125</sup> Citado por ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 356.

<sup>126</sup> *D. Cayetano Pines*, año 1874, Fallos, 15: 137; 21: 491, *Lorenzo Peluffo*, 1879; 103: 403, *Araguna y Estrella*, 1906; 154:312; 215: 260, *Servicios Aéreos Cruzeiro Do Sul Ltda.*, 1949; 220: 1354, *Amaro*, 1951. Parte de la doctrina critica la solución: GONDRA, *Jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 359.

provincial.<sup>127</sup> Ello es así, claro está, siempre que no esté afectada la cláusula del comercio interprovincial, supuesto en el cual opera lo prescripto en el inc. 13 del art. 75 y no el inc. 30; lo propio puede decirse en materia de la libre navegación de los ríos y lagos. (Inc. 10.)

Estos claros principios tradicionales de nuestro derecho han venido a toparse con una inesperada dificultad adicional en un momento político (2008-2013) en que el gobierno nacional está muy específicamente adverso al gobierno de la Ciudad, por las posibles intenciones presidenciales del Jefe de Gobierno de la Ciudad, perteneciente a un partido de oposición.

Ello ha llevado, por ejemplo, a múltiples conflictos en tierras ubicadas dentro de la Ciudad de Buenos Aires, que son de propiedad de la Nación y están afectadas a un establecimiento de utilidad nacional, pero en las que se constituyen asentamientos poblacionales irregulares con el alegado apoyo del gobierno nacional y su consecuente reticencia a aplicar en lo pertinente las decisiones locales, incluso cuando son ordenadas judicialmente: Caso emblemático, el denominado *Villa 31*, con edificaciones de hasta cinco pisos sin autorización de la CABA. [Conflicto, hacia 2013, extendido con relación a la denominada *Ley de Medios* (ley n° 26.522) y el dictado por parte del GCBA, no sin serios reparos constitucionales, del decreto de necesidad y urgencia n° 2/2013.]

Aunque pueda parecer anecdótico, el tratamiento que ambas autoridades otorgan a este lugar son las de mejorar su precaria urbanización, con lo que en definitiva se mantendrán en lo esencial los espacios de vivienda no acordes a las medidas mínimas nacionales ni locales, ni a un trazado urbano predeterminado como en la época de la Colonia. Con el tiempo, será otra ciudad propia de la Edad Media que finalmente evoluciona hacia un mayor desarrollo urbanístico pero sin perder su tradición clásica, como se observa en tantas ciudades europeas. Como en la novela *El año del desierto* de PEDRO MAIRAL, siempre retrocedemos hacia el pasado.

### 13.9. *No alcanza el dominio sin el fin*

Inversamente ocurre lo mismo: La mera calidad de propietario que el Estado nacional tenga de determinados inmuebles no le confiere jurisdicción federal si no hay una afectación a un fin que encuadre en los supuestos de jurisdicción federal.<sup>128</sup>

### 13.10. *La “Nación” comprende los entes autárquicos nacionales*

El término “Nación” no ha sido tomado como aplicable exclusivamente a la persona jurídica del Estado nacional, sino que ha sido considerado como comprensivo

<sup>127</sup> 154: 312, *Marconetti, Boglione y Cía.*, 1929.

<sup>128</sup> *Fallos*, 53: 254, *Sollecito Allagua*, 1893; 103: 403, 415, *Araguna y Estrella*, 1906; 154: 312, *Marconetti, Boglione y Cía.*, 1929; 155: 104, 113, *Frigorífico Armour de La Plata contra la Provincia de Buenos Aires*, 1929; DE VEDIA, *Constitución argentina*, op. cit., p. 365.

de los entes autárquicos nacionales. Muchas veces la Corte lo dice sin mayores desarrollos pero con un claro sentido empírico y valorativo, apuntando principalmente a sus fines y a su consiguiente situación presupuestaria. Así p. ej. se dijo que el ente “es de propiedad de la Nación costado con dinero de la misma y creado con fines de utilidad nacional;”<sup>129</sup> “Que el establecimiento de la referencia es de propiedad de la nación, costado con dineros de la misma y creado con fines de utilidad nacional, por todo lo que debe considerárselo comprendido en la disposición del art. 67, inc. 27 de la Constitución.”<sup>130</sup>

### 13.11. *Lugares adyacentes*

También tiene resuelto la CSJN que la jurisdicción federal se extiende sobre los lugares adyacentes a la obra de carácter nacional.<sup>131</sup> Parece una solución lógica, compatible con otros precedentes, pero no puede desconocerse su claro carácter expansivo. De todas maneras se trata de una típica cuestión de hecho a ser resuelta caso por caso, qué extensión tiene el concepto de ayacencia a tales efectos. Pensamos que un posible criterio es atender el fin principal el establecimiento y qué adyacencias se vinculan razonablemente con ese objeto.

### 13.12. *Las normas constitucionales*

Hemos expuesto anteriormente cómo fue interpretada la Constitución cuando su texto decía en el entonces art. 67, inc. 27, que correspondía al Congreso de la Nación: “Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional.” Ahora la Constitución dispone en el art. 75 inc. 30 que corresponde al Congreso: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.” O sea que el actual texto constitucional prescinde expresamente de la propiedad nacional como base de la jurisdicción federal, tal como ya había sido resuelto por la Corte Suprema desde los albores de la República. Esa legislación federal es sólo aplicable en lo atinente a los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional, como también lo resolviera la jurisprudencia en las décadas previas a la reforma de 1994. Esa nueva redacción constitucional recoge así la antigua interpretación.

<sup>129</sup> *Fallos*, 141: 60, 64, *Contardi*, 1924.

<sup>130</sup> Se trataba del Consejo Nacional de Educación en *Fallos*, 115: 408, 410, *Clavelles*, 1912.

<sup>131</sup> *Fallos*, 197: 292, 317/8, *Provincia de Buenos Aires c/ Swift de La Plata*, año 1943.

### 13.13. *Derecho comparado*

Si bien existen muchos paralelos entre las normas constitucionales argentinas y su precedente norteamericano, cabe destacar que el poder central argentino es mucho más fuerte, lamentablemente, que el poder central en los Estados Unidos; el histórico “hiperpresidencialismo” argentino que señala BARRA, decididamente no existe en los Estados Unidos.<sup>132</sup> Además de ello es muy distinta la distribución de poder entre el estado nacional y los estados locales. Ello es así no sólo por la facultad de sus estados locales para dictar la legislación sustantiva o de fondo, de la que nuestras provincias carecen, sino también por una diferente normativa del texto constitucional en materia de establecimientos de utilidad nacional. A guisa de ejemplo, en los Estados Unidos el texto constitucional requiere ley expresa del Estado local, lo que no ocurre en nuestra Constitución. Una diferencia contraria es que en la Constitución de Estados Unidos la jurisdicción federal es exclusiva en tales lugares, en tanto que la nuestra, con la modificación de 1994 que recoge en cualquier caso la jurisprudencia, es concurrente. En los Estados Unidos, en cambio, la cláusula del Art. 1, sección VIII, inc. 17 se refiere a que el Congreso tendrá la facultad de ejercer “legislación” exclusiva en los supuestos que enuncia (*The Congress shall have power [...] To exercise exclusive legislation in all Cases whatsoever [...]*). En *Steele v. Halligan*, 229 Fed. 101 (1916), se entendió que ello comprendía la jurisdicción en sentido amplio. En *Cohens v. Virginia*, 6 Wheat. 264, 428 (1821), se dijo que la existencia de jurisdicción federal legislativa y judicial implica también la jurisdicción o actuación administrativa, pues la jurisdicción general lleva en sí, como incidental, el derecho a hacer efectivo el poder federal.<sup>133</sup> Ese sentido amplio, comprensivo de legislación, jurisdicción y administración, puede considerarse vigente entre nosotros, con el alcance y la limitación que surge del párrafo siguiente.

En tales supuestos, según se recordó en *Fort Leavenworth R. R. Co. v. Lower* (114 U.S. 525, 532, año 1885), se había sostenido que la jurisdicción estadual quedaba extinguida.<sup>134</sup> Ese no es el caso en nuestro país, a partir de la expresa consagración constitucional en 1994 de la previa regla jurisprudencial. Nuestro derecho se aparta del precedente norteamericano conforme al cual hacía falta no sólo título de dominio nacional por compra, cesión o expropiación, sino también una ley especial estadual, como *conditio sine qua non* del nacimiento de

<sup>132</sup> Para más detalles nos remitimos a nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en t. 7, cap. XII, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo12.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf).

<sup>133</sup> *The Constitution of the United States of America (Annotated)*, Washington, Senado, 1938, p. 289; STORY, JOSEPH, *Commentaries of the Constitution of the United States*, Boston, Little, Brown and Co., 1873, t. II, pp. 126-30; WILLOUGHBY, WESTEL WOODBURY, *The Constitutional Law of the United States*, t. 1, Nueva York, Baker, Voorhis and Co., 1929, 2ª ed., p. 453, etc.

<sup>134</sup> Ver *The Constitution of the United States of America (Annotated)*, op. cit., pp. 287-8.



la jurisdicción federal. Sin esa ley estadual, la mera calidad de propietario aun para fines públicos, en el derecho norteamericano, no hacía nacer la jurisdicción federal:<sup>135</sup> la legislatura local podía establecer cualquier condición que no fuera incompatible con el uso público contemplado.<sup>136</sup> Allí aparece el germen de nuestra propia jurisprudencia que tiene en cuenta más el objeto o finalidad de la actividad federal que el espacio físico en el cual se desarrolla, a tenor de la vieja jurisprudencia y el nuevo texto constitucional.

En nuestro derecho el Estado nacional puede expropiar bienes hasta del dominio público provincial y organizar allí un establecimiento de utilidad nacional sujeto a jurisdicción federal, sin necesidad de consentimiento o ley provincial.<sup>137</sup>

La concentración del poder federal es, en suma y salvando las diferencias, mayor en nuestro sistema que en el del precedente norteamericano. El problema es que estos antecedentes lejanos, de orden constitucional, se han ido expandiendo inconstitucionalmente, a punto de amenazar seriamente el federalismo.<sup>138</sup>

#### 13.14. *Base legislativa de la jurisdicción federal*

En muchos casos se ha dicho que “corresponde al Congreso elegir en cada caso el carácter y extensión con que ha de legislar sobre los territorios adquiridos,”<sup>139</sup> la extensión de la jurisdicción local depende de lo que establezca al respecto la ley nacional.<sup>140</sup>

“Sólo la legislación nacional mencionada podría establecer y delimitar la compatibilidad de dicho ejercicio con las atribuciones excluyentes de la Nación en todo cuanto concierne a las condiciones bajo las cuales han de desenvolverse las actividades con las que se preste el servicio público de carácter nacional,”<sup>141</sup> “si no hay ley nacional que establezca esa compatibilidad,” la legislación local es inadmisibile.<sup>142</sup> En suma, está en manos del Congreso resolver la extensión de la jurisdicción federal; pero en los años recientes las representaciones provinciales han respondido políticamente al poder central, por una creciente deformación

<sup>135</sup> WILLOUGHBY, *op. cit.*, t. II, p. 454; *Kohl v. United States*, 91 U.S. 367; *Surplus Trading Co. v. Cook*, 281 U.S. 647, 650, año 1930.

<sup>136</sup> *People v. Godfrey*, 17 Johns 225; TUCKER, JOHN RANDOLPH, *The Constitution of the United States*, Chicago, Callaghan & Co, 1899, p. 598; *Fort Leavenworth R.R. Co. v. Lowe*, 114 U.S. 528, 538, año 1885.

<sup>137</sup> *Fallos*, 128:67, 74, *Empresa del Ferrocarril del Sud v. Municipalidad de La Plata*, año 1918; MARIENHOFF, *Tratado del dominio público*, *op. cit.*, p. 120 y ss.; BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., pp. 476-7; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. 4, Buenos Aires, TEA, 1952, pp. 144-5; LEGÓN, FERNANDO, *Tratado integral de la expropiación pública*, Buenos Aires, 1934, p. 372 y ss., etc.

<sup>138</sup> Ver nuestro art. “La constitucionalidad formal...,” *op. loc. cit.*, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo12.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf).

<sup>139</sup> 160: 342, 354, *Tunkieviez*, 1931.

<sup>140</sup> 182: 157, 162, *Frigorífico Swift de La Plata*, año 1938.

<sup>141</sup> 215: 260, 279, *Servicios Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda.*, 1949.

<sup>142</sup> 215: 260, 280.



del sistema. Se entiende así que en ocasiones se ha resuelto que corresponde la jurisdicción federal aun sin ley que decida asumirla en forma expresa.<sup>143</sup>

### 13.15. *Cuestión litigiosa permanente*

Muchas veces la CSJN se ha sorprendido de la cantidad de causas judiciales por este tipo de cuestiones y no parece muy probable que en el futuro la litigiosidad desaparezca. Ha dicho el tribunal en 1929 “Que en presencia de los antecedentes expuestos y la facultad atribuida al Congreso de «ejercer una legislación exclusiva [...]» no parece posible que el ejercicio de aquélla pudiera dar lugar a discusiones jurídicas y aun a conflictos judiciales;”<sup>144</sup> o en 1968 cuando comenta “la cantidad de cuestiones litigiosas que se han suscitado”<sup>145</sup> no obstante el “sentido intergiversable de la palabra «exclusiva» — que quiere decir única y no compartida.”<sup>146</sup> Más aun, cuestiones que la Corte entendió “definitivamente” resueltas en alguna oportunidad, volvieron una y otra vez a ser planteadas y el nuevo texto constitucional, menos enfático que el anterior, deja necesariamente la puerta abierta a futuros conflictos. Ello no parece, en modo alguno, posible de evitar. Cabe recordar que en 1930 la Corte decía “Que en esta causa ha renovado una cuestión definitivamente resuelta por el Tribunal en la sentencia de fecha 16 de julio de 1929 inserta en el t. 155, pág. 104 de sus fallos,”<sup>147</sup> “cuestión aquélla que importa debatir nuevamente, sin mejores fundamentos de fondo, el alcance del art. 67, inc. 26.”<sup>148</sup> Puede incluso ocurrir, como ya ha acaecido en 1934 y 1936<sup>149</sup> que la administración central admitiera la jurisdicción local, obligando a la Corte a decir “Que la presente contienda importa traer de nuevo a los estrados judiciales una cuestión ya resuelta por esta Corte Suprema;” “Igual cuestión fue reproducida entre las mismas partes cuatro años después, llegándose a idénticos resultados con el Tribunal integrado de otra manera.,” “Que la conclusión establecida en aquellas sentencias [...] debe ser mantenida.” “Las razones de orden jurídico detenidamente expuestas en aquellos pronunciamientos son definitivas y se dan aquí por reproducidas, con el fin de evitar repeticiones innecesarias.”<sup>150</sup>

### 13.16. *Navegación, comercio, establecimiento*

Resulta así que la jurisdicción federal en sentido amplio, comprendiendo legislación, administración y justicia, puede derivar de la navegación, del comercio

<sup>143</sup> 271: 186, 191, *Marconetti Ltda. S.A.I.C.*, 1968; anteriormente 155: 104, 111, *Frigorífico Armour de La Plata*, 1929.

<sup>144</sup> 155: 104, 111, *Frigorífico Armour de La Plata*, 1929.

<sup>145</sup> 271: 186, *Marconetti Ltda. S.A.I.C.*

<sup>146</sup> 271: 186, 192, fallo citado.

<sup>147</sup> 168: 96, 103, *Frigorífico Armour de La Plata contra la Provincia de Buenos Aires*, año 1933.

<sup>148</sup> 168: 96, 104.

<sup>149</sup> Citado en *Fallos*, 292: 307 y 308, *Palma*, 1975.

<sup>150</sup> 197: 292, 315, 316, *Provincia de Buenos Aires v. Swift de La Plata*, 1943.

interprovincial o del funcionamiento de establecimientos de utilidad nacional. Si existe propiedad nacional de inmuebles situados en las provincias, pero no existe allí un establecimiento de utilidad nacional, no emerge con ello la jurisdicción federal. Un ejemplo son los caminos nacionales, que a pesar de tener la doble condición de ser de propiedad del Estado nacional y estar destinados a un fin de utilidad pública nacional, no caen en la jurisdicción federal exclusiva<sup>151</sup> y posiblemente la jurisdicción federal sólo alcance al mantenimiento del camino. Pero si, como ocurre en la actualidad, el Estado nacional otorga una concesión para la operación del camino, allí tenemos ya, posiblemente, un establecimiento de utilidad nacional que encuadra en la nueva previsión constitucional.

### 13.17. *El caso del sistema eléctrico*

En materias no previstas en la Constitución la solución legislativa no puede sino seguir el mismo criterio: La red troncal del sistema eléctrico ha sido dada en concesión o licencia por la Nación, bajo clara decisión de estar sometida a la jurisdicción federal. Tenemos en primer lugar un establecimiento de utilidad nacional como fundamento de la jurisdicción federal en cuanto atañe al cumplimiento de sus fines u objeto, a tenor del art. 75 inc. 30 y del 75 inc. 18. Lo cual le da también los poderes implícitos que reserva el inc. 32 del mismo art. 75. Pero a ello cabe agregar que el uso de la red eléctrica nacional también sirve al comercio interprovincial, con lo cual también encuadra dentro del inc. 13 del art. 75. Corresponde todavía agregar que puesto que se utiliza la energía de las represas hidroeléctricas, ellas son lagos navegables que también están bajo jurisdicción federal por el inc. 10 del art. 75. La misma regla de accesoriedad que permitía que los terrenos adyacentes a un establecimiento nacional también estuvieren bajo la jurisdicción federal en lo que atañe al menos al objeto del establecimiento, lleva a la conclusión de que aquí tenemos un efecto acumulativo de jurisdicción federal. Este caso permite advertir que el sistema constitucional argentino tradicional, que la Constitución de 1994 no ha modificado en este aspecto, no deja alternativa alguna para el ejercicio de jurisdicción provincial sobre el objeto mismo del servicio público federal.

### 13.18. *Algunos interrogantes*

Que el legislador o la administración elijan, por política legislativa o técnica, dejar librado a la jurisdicción provincial todo o parte de la distribución y venta final interna en cada provincia, puede incluso resultar susceptible de cuestionamiento frente al complejo normativo constitucional respecto a la jurisdicción federal en las múltiples causales que estamos analizando. Y ya vimos que alguna vez en el pasado se ha declarado la inconstitucionalidad de actos de la administración

<sup>151</sup> Fallos, 201: 536, S.A. Caminos, 1945.

que resignaran el ejercicio de la jurisdicción federal allí donde ella correspondía. También cabe preguntarse, a la inversa, si este juego de normas constitucionales puntuales no termina frustrando el espíritu del nuevo sistema constitucional, que parte de la supuesta base de dar más poder a las provincias. (Art. 41 tercer párrafo; art. 42 tercer párrafo; art. 75 incs. segundo y tercero; nuevo art. 75 inc. 30; arts. 123 y 124; sexta disposición transitoria.) La transferencia de poder a las Provincias no parece alcanzar el caso de un sistema integrado de varios establecimientos de utilidad nacional que sirven al comercio interprovincial, donde sigue vigente el sistema constitucional anterior, incluso con la modificación del inc. 30 del art. 75. La actividad de los entes regulatorios previstos en el art. 42 de la Constitución, pues, es definitivamente jurisdicción nacional en lo que hace a su objeto específico. Y la participación decisoria que las Provincias deben tener en sus cuerpos directivos no es sino una ratificación de que ellas mismas carecen de jurisdicción propia y por ello deben venir a concurrir al ejercicio de la jurisdicción nacional. La única alternativa a ello es la constitución de entes regionales asociativos de las Provincias y la Nación.

#### 14. ¿Quis custodies custodiat?

##### 14.1. *Introducción*

El viejo interrogante latino de quién controla al controlador tiene acá fácil y clara respuesta. Se trata de entes de control (y autoridades de aplicación) sujetos ellos mismos a múltiples controles sobre la forma en que ejercen su control: no sólo el Congreso de la Nación y los jueces del Poder Judicial, sino también el Defensor del Pueblo nacional, la Auditoría General de la Nación, la Sindicatura General de la Nación, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas y desde luego la opinión pública y los usuarios, reforzada por la necesaria participación de las Provincias y asociaciones de usuarios en el cuerpo, que quedó pendiente de cumplimiento desde la vigencia del art. 42 *in fine* de la Constitución de 1994. Todo ello sin olvidar la defensa judicial de los derechos de incidencia colectiva a tenor del art. 43.<sup>152</sup>

##### 14.2. *El Defensor del Pueblo nacional*

La tendencia que objetivamente, por la propia fuerza de las circunstancias, deberá asumir el Defensor del Pueblo nacional, es la de cuestionar a los entes reguladores y a los concesionarios o licenciarios, o a la administración central como poder concedente. Por de pronto, es obvio que tiene muy amplias atribuciones constitucionales: “Art. 86. El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena auto-

<sup>152</sup> Ver GELLI, *op. cit.*, § 2.3.2.2, “Amparo colectivo,” pp. 396-8, como así también sus comentarios a las demás normas constitucionales referidas a las instituciones arriba mencionadas.

nomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.”

Pero ese ámbito tan extenso de actividad debe focalizarlo de algún modo, para preservar su propia eficacia de actuación. Ese es un tema bien conocido en toda la literatura sobre la materia.<sup>153</sup> Por una cuestión de *Realpolitik* o política práctica, su más definido campo de actuación son los servicios nacionales privatizados y su medio casi natural de canalizar observaciones, críticas, reclamos, habrán de ser los entes reguladores o de control, incluyendo la administración central cuando dicta medidas al respecto.

En cada informe público anual que haga, envíe al Congreso y publique, una parte sustancial lo habrán de ocupar las actividades de estos entes y las suyas propias sobre ellos y sus respectivos controlados. Allí constará el grado de receptividad que crea haber encontrado en cada uno; las reticencias; las falencias, las omisiones y falsedades, etc. Y también sus logros, en cuanto haya conseguido modificación de actitudes o normas proyecto de renegociación tarifaria. Se advertirá que no tiene en verdad otra alternativa política ni práctica: Cuestionar a los entes reguladores y las autoridades centrales cuando se inmiscuyen en su funcionamiento para, a través de ello cuestionar la prestación del servicio, las tarifas, etc. Cabe pues esperar (pues según el art. 86 “Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez”) del Defensor del Pueblo un accionar constante e infatigable sobre los entes reguladores y la administración central cuando dicta actos respecto a ellos, pues es el único objetivo claro e importante que tiene frente a sí. Y conviene recordar que también posee legitimación activa para acudir a los tribunales si así lo desea, en cualquier fuero o jurisdicción.<sup>154</sup> El Ombudsman municipal se ha presentado varias veces ante la justicia penal local pidiendo ser tenido por parte querellante. Ello le ha sido denegado. No le será rechazado al Defensor del Pueblo nacional, pues la tiene reconocida por la Constitución: “El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal [...] Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores.” La ventaja que para el Defensor del Pueblo tiene asumir el rol de querellante es que puede lograr la eficacia, al menos en los primeros momentos, propia de la instrucción penal: Tanto en materia de medios probatorios, sobre todo en la rápida determinación de los hechos tal como

<sup>153</sup> FERNANDO LUNA, EDUARDO, “El defensor del pueblo,” en AA.VV., *Derecho público provincial*, t. III, Mendoza, Depalma, 1993, p. 293 y ss. y notas 86 a 89 del cap. II, § 5.2., ap. e); cap. XII, pp. 41-2, nota 77.

<sup>154</sup> Ver análisis de los últimos antecedentes jurisprudenciales sobre legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación en MEROL, ANDREA A., “¿Derechos de incidencia colectiva = intereses supra-individuales?” *El Dial*, DCBB8, 10-VI-07. Luego de un cerril rechazo inicial en la jurisprudencia a su legitimación, finalmente la balanza se ha ido inclinando, como no podía ser de otra manera, a reconocer su expresa legitimación constitucional.

ellos aparecen *prima facie*, traslación del problema a otra jurisdicción. La cuestión de dar o no trascendencia pública a estas acciones penales de la defensoría del pueblo es distinta: pensamos que debe ocurrir ante la opinión pública cuando cuestiona la eficiencia de un funcionario o una repartición, sus métodos, normas, procedimientos. Ello entra dentro de la crítica pública del defensor del pueblo. En cambio, la acusación de un delito reviste distinta gravedad y es de difícil o imposible reparación si la decisión penal no es condenatoria. En esta materia, pensamos, se debe obrar con prudencia y esperar la decisión penal firme antes de hacer pública la cuestión.<sup>155</sup>

#### 14.3. *La Auditoría General de la Nación*

En mucho menor grado, algo parecido puede decirse de los otros dos grandes órganos nacionales de control de la administración, la Auditoría General de la Nación y la Sindicatura General de la Nación. De la primera dice el art. 85 de la Constitución: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.” “El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.” “Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.”

#### 14.4. *La Sindicatura General de la Nación*

De la segunda dice la ley 24.156, art. 98, que “Es materia de su competencia el control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependen del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica.”

Su control no será sólo de legalidad, sino también de gestión y eficacia, de racionalidad de la conducta estatal; al igual que el Defensor del Pueblo, debe controlar cómo los entes y las autoridades nacionales cumplen o no sus funciones, tanto en lo que hace a la legalidad como al mérito, oportunidad o conveniencia de sus comportamientos y decisiones.<sup>156</sup>

<sup>155</sup> Es la misma cuestión que mencionamos en el cap. VI al recordar la “real malicia” como punto de equilibrio pretoriano entre la tensión que contrapone la libertad de prensa al derecho al honor y la intimidad: § 7, nota 7.2 y sus referencias, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloVI.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf).

<sup>156</sup> Y no ha de olvidarse el deber que desde 1997 impone el art. III, inc. 5°, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, para controlados y controlantes.

En el esquema de poder actual ya no se trata tan sólo de controlar lo que hace el sector público de la economía en su propio seno (cómo contrata, cómo gasta, etc.); ahora hay que controlar principalmente qué resuelve o deja de resolver, qué inspecciona o deja de inspeccionar, qué corrige o deja de corregir, qué otorga, cómo interpreta, en el control de las parcelas de poder económico monopolizado o con exclusividad concedidas por el Estado.

El balance no parece favorable, y además existen numerosas actuaciones del poder político en detrimento de la actuación del Defensor del Pueblo de la Nación. Nuestra tradición caciquista es más fuerte que todas las reformas constitucionales que se intentan, pues se las hace naufragar sea en la administración, en la legislación o en la justicia.

#### 14.5. Conclusiones preliminares

En suma, la independencia constitucional de los entes reguladores, sin sujeción al Poder Ejecutivo, no supone que tengamos órganos pretendidamente sin control. Lo que ocurre es que en el sistema constitucional se ha pensado, correctamente, que el control de tales entes no lo puede hacer bien el Poder Ejecutivo concedente, demasiado cercano a los monopolios que él mismo ha concedido, sino que lo harán mejor otros órganos también independientes como los que hemos estado analizando y desde luego el Poder Judicial de la Nación.

Es otra transferencia de poder, en el caso a todo un sistema de autoridades administrativas independientes que interactúan en primer lugar en mecanismos de control recíproco a la luz de la opinión pública y bajo supervisión parlamentaria y judicial. Es el objetivo de la fractura del poder, único modo de preservar la libertad de los habitantes frente al poder. La concentración es hartamente peligrosa. Al parlamento le toca a su vez ejercer su control siempre de manera pública, no reservada, como ya se lo indica como principio orientador el art. 99, inc. 4º), ap. 1º de la C.N.

### 15. Responsabilidad del ente regulador

#### 15.1. El derecho sustantivo

El responsable global por el servicio defectuosamente prestado frente al concedente y a terceros no puede ser sino el propio concesionario, sin perjuicio de que pueda repetir contra terceros o hacer efectivos los seguros que se le impuso contratar en las bases de la licitación.

El mismo principio de la responsabilidad *in eligendo* o al menos *in vigilando* se puede también aplicar, respectivamente, al ente regulador y al propio Estado,<sup>157</sup> sea por el principio de la responsabilidad subsidiaria o de la responsabilidad

<sup>157</sup> La responsabilidad del Estado es subsidiaria y nace solamente si el ente no puede satisfacer la condena en tiempo razonable o ha sido liquidado por el Estado.

principal del Estado.<sup>158</sup> La CNFed. CA ha reiterado el criterio: “[E]l reconocimiento de la responsabilidad estatal por actividad ilícita o ilegítima en el campo en examen, exige siempre para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, por un lado, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar ilícito del Estado, o funcionamiento irregular o defectuoso del servicio, por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las normas jurídicas y aquel perjuicio y por otro, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a dicho Estado.”<sup>159</sup>

Pero estos accertados principios teóricos se chocan contra una realidad a veces sumamente negativa en cuanto a la operacionalidad del sistema de responsabilidad del Estado.<sup>160</sup> Como decía IHERING, lo que no es realizable no puede ser derecho.<sup>161</sup>

Del mismo se ha dicho que: “las funciones estatales atinentes al poder de policía tales como el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad, el bienestar de los habitantes, si bien es lícita, no obsta a la responsabilidad de Estado en la medida en que con aquellas obras se prive a un tercero de su propiedad o se la lesione en sus atributos esenciales.”<sup>162</sup> Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar ese fin y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución defectuosa o irregular.<sup>163</sup> El funcionamiento defectuoso del servicio se maneja con el criterio de la culpa objetiva, de manera similar al que resulta contagiado en un hospital. No es necesario demostrar culpa específica, basta con que el daño se haya producido, ello permite presuponer un funcionamiento defectuoso del servicio. Esto se aplica al presente caso tanto en lo que hace al concesionario, en su deber de

<sup>158</sup> La responsabilidad indirecta del Estado que explicamos *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XX, “La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciarios,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo20.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf) y anteriormente en *La responsabilidad extracontractual directa e indirecta del Estado*, tesis inédita, Buenos Aires, 1958, que recuerda MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 441; BARRA, *Principios de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 182; MAIRAL, HÉCTOR A., “Las sociedades del Estado o los límites del Derecho Administrativo,” *LL*, 1981-A, 790; HALPERÍN, “La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas,” *RDA*, 6: 55. (Buenos Aires, 1991.)

<sup>159</sup> Sala II, *in re Albo*, 20-X-94, cons. 6°. Confr. *Fallos*, 306-2: 2030, *Vadell*, 1984; 307-1: 821, *Hotelera Río de la Plata SACI*, 1985.

<sup>160</sup> Ver “La responsabilidad del Estado en la práctica,” *infra*, t. 7, *op. cit.*, cap. XXXII, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo32.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo32.pdf).

<sup>161</sup> VELA, FERNANDO, *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano de R. von Ihering*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 43.

<sup>162</sup> CNFed. CA, Sala II, *Folino*, 1994, con cita de CSJN, *Cadesa S.A.*, 1989, *Fallos*, 312-1: 343; *Tejedurías Magallanes*, 1989, *Fallos*, 312-2: 1656; *Juncalán Forestal Agropecuaria S.A.*, *Fallos*, 312-2: 2266, 1989. Ver también GUASTAVINO, ELÍAS P., “Indemnizaciones por la Actividad Lícita Lesiva del Estado,” *ED*, 118-190; MARIENHOFF, “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita,” *RDA*, 12/13: 1. (Buenos Aires.)

<sup>163</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Stancato*, 27-II-92; Sala II, *D’Albo*, 20-X-94; con cita de *Fallos*, 306-2: 2030, *Vedell*, 1984; 307-1: 821, *Hotelera Río de la Plata SACI*, 1985.



elección y control del contratista que elige para hacer trabajos, como al propio Estado (concesionario) y desde luego, inevitablemente, al ente.

### 15.2. *La cuestión procesal*

Ahora bien, no es difícil ponerse en la mente de un posible abogado demandante. La solución razonable es demandar al contratista que ejecuta las obras y al concesionario,<sup>164</sup> pero no al ente regulador o al Estado concedente, porque en el primer caso lo puede tramitar en la justicia ordinaria, en el segundo debe acudir a la justicia federal en la Ciudad de Buenos Aires.

Los criterios de reparación, por lo demás, suelen ser más generosos en sede civil que en el fuero federal. Los problemas que conlleva la acción procesal administrativa (agotamiento de la vía, habilitación de instancia, etc.) tampoco se encuentran en una acción civil.

Ello no impide deslindar responsabilidades p. ej., si el Defensor del Pueblo, preguntase luego cómo ha actuado el ente regulador para investigar el hecho y determinar quién o quiénes son los responsables y qué medidas ha adoptado en su consecuencia.

Asimismo debe recordarse que hoy las responsabilidades no sólo son internas, sino también internacionales, siendo así de aplicación las obligaciones que en la especialidad prescribe el inc. 5° del art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyas normas no requieren de la reglamentación interna para su inmediata operatividad. Y mientras el sistema penal argentino y extranjero deciden qué hacer con las violaciones penales alcanzadas por la CICC, los funcionarios administrativos y magistrados judiciales harán bien en comenzar a aplicarla en el derecho administrativo.<sup>165</sup>

No están los tiempos como para repetir los errores de ignorancia, negación e indiferencia cometidos con los tratados de derechos humanos y la propia Constitución de 1994.

Pues no se equivoque el lector ni el intérprete: La comunidad internacional tiene hoy fuerza para exigir su cumplimiento y en último análisis para aplicar ella misma sus sanciones.

<sup>164</sup> Además, "Cualquier pretensión meramente resarcitoria está excluida del recurso directo, tramitando en ese supuesto la cuestión por ante el juez de primera instancia," REJTMAN FARAH, *op. cit.*, p. 58.

<sup>165</sup> Un paso importante es la ampliación del universo de funcionarios abarcados por la obligación de presentar declaraciones juradas en virtud de la ley 26.857.