

Mirada crítica a la función de resolución de controversias del Ente Único Regulador de Servicios Públicos

Por Valeria E. Zayat y Juan Antonio Stupenengo

1. Introducción.

La ley 210 otorga al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Buenos Aires ("EUCBA"), la facultad de resolver las controversias que se susciten entre los sujetos de los distintos servicios regulados, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de la prestación del servicio¹.

Para los sujetos mencionados –con excepción de los usuarios– esta intervención es obligatoria a fin de acudir luego a la justicia².

2. La preeminencia de la especialidad o de la independencia en el diseño de los órganos jurisdiccionales.

A los fines de analizar la compendia otorgada cabe señalar que una somera revisión de los sistemas de resolución de controversias en materia de servicios públicos permite advertir que en su diseño se tiende a privilegiar en ciertos casos el valor "independencia" y en otros el valor "especialidad".

a) En cuanto al primer supuesto, se trata de asignar la facultad jurisdiccional a órganos cuya principal función radica en la regulación del servicio público en cuestión. Siendo ello así, en estos supuestos los entes ejercen –además de la función jurisdiccional– potestades típicamente regulatorias, reglamentarias, de control, sancionatorias, etc.

Para defender la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos regulatorios se ha dicho que cuando el ente interviene en un conflicto entre agentes está ejerciendo potestades de regulación. Se ha agregado que toda la actividad del ente constituye –en última medida– una intervención de regulación en el mercado puesto que cuando este dicta un reglamento, impone una sanción u otorga una licencia está, en definitiva, resolviendo conflictos de intereses entre agente económicos. A su vez, la regulación por vía de

¹ Artículo 20 de la ley 210

² Artículo 20 de la ley 210.

resolución de casos concretos sería el mecanismo más apto para rescatar las particularidades, a diferencia del dictado de un acto de alcance general que se muestra más idóneo para resolver aquellas situaciones que requieren una afirmación categórica y una clara política de regulación o la solución de problemas idénticos³.

Claro ejemplo de lo que venimos diciendo se encuentra plasmado en las leyes 24.065⁴ y 24.076⁵, en tanto que por ellas se asignan al Ente Nacional Regulador de la Electricidad ("ENRE") y del Gas ("ENARGAS") funciones jurisdiccionales que son ejercidas por los mismos órganos –en este caso, el Directorio– que ejercen las funciones antes mencionadas.

b) En cuanto al segundo supuesto, se ha entendido que –como el ejercicio de facultades jurisdiccionales importa en todos los casos la resolución de controversias y que, por ende, exige una garantía de imparcialidad e independencia– ella no pueden ser ejercidas por el mismo órgano al que se le han asignado facultades regulatorias, o sea, funciones reglamentarias, sancionatorias, de control, etc.

En este sentido reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido que el principio constitucional de defensa en juicio previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional y la prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales⁶, quedan a salvo siempre y cuando estén aseguradas la independencia e imparcialidad de los organismos de la administración que ejercen funciones jurisdiccionales⁷.

Como se advierte, en este caso el Máximo Tribunal hizo prevalecer –entre otros valores– a la garantía que implica la imparcialidad del órgano decisor.

3. El caso del EUCBA.

³ Aguilar Valdez, Oscar, "Acerca de las partes demandadas en los procesos de revisión judicial de la actividad jurisdiccional de los entes reguladores de servicios públicos nacionales", en "Derecho Procesal Administrativo", en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Ed. Hammurabi, T. 2, p. 1065 y ss.

⁴ Artículo 72 de la ley 24.065.

⁵ Artículo 66 de la ley 24.076.

⁶ Artículo 109 de la Constitución Nacional.

⁷ CSJN, "Ángel Estrada y Cía. SA c/ Secretaría de Energía y Puertos", 5/4/05, LL del 9/6/05.

A continuación abordaremos el análisis del diseño institucional del EUCBA a fin de determinar cuál de los esquemas descritos precedentemente se hace presente en este organismo. Ello permitirá realizar un estudio específico de las citadas funciones y, desde allí, conocer las ventajas y desventajas que plantea tal esquema.

El análisis citado será realizado –básicamente– sobre la base tanto de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (“CCABA”) como de la ley 210, que regula las funciones y competencias del ente.

3.1. ¿Constituye un órgano dotado de especialidad?

En primer término cabe advertir que si bien el EUCBA constituye un órgano cuyas funciones se encuentran –como su nombre lo indica– directamente vinculadas a la prestación de servicios públicos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la ley 210 concentra dentro de sus atribuciones un amplio y diverso espectro de servicios cuya naturaleza resulta manifiestamente diversa.

En efecto, el artículo 2º de la citada ley dispone que: *"se entiende como servicios públicos a los efectos de la aplicación de la presente ley: a) Transporte público de pasajeros; b) Alumbrado público y señalamiento luminoso; c) Higiene urbana, incluida la disposición final; d) Control de estacionamiento por concesión; e) Conservación y mantenimiento vial por peaje; f) Transporte, tratamiento, almacenamiento y disposición final de residuos patológicos y peligrosos; g) Televisión por cable o de transmisión de datos con el alcance previsto en el artículo 3º inciso m] de esta ley; h) Servicios públicos que se presten en el ámbito de la Ciudad cuya prestación exceda el territorio de la misma, sin colisionar con la competencia atribuida a otros órganos del Gobierno de la Ciudad, a los entes de otras jurisdicciones y a los entes de la Nación, con los que se complementa, conforme lo establecido en el Artículo 3º inciso m]; i) Sistema de Verificación Fotográfica de Infracciones de Tránsito por concesión; j) Servicio de Transporte Escolar".*

Cabe preguntarse si, no obstante constituir el EUCBA un órgano específicamente creado para atender cuestiones vinculadas con servicios

públicos locales, la diversa naturaleza de servicios sometidos a su control permite, o no, que dicho órgano tenga un conocimiento técnico y específico sobre cada uno de ellos.

En otras palabras, debe analizarse si la especialidad no debe ser estudiada –más que sobre la genérica materia de servicios públicos-, sobre el conocimiento que el citado organismo posee de los principios, normas y aspectos técnicos y económicos que rodean a cada uno de las diversas actividades involucradas.

Repárese en que cuando hacemos alusión a la especialidad que, sobre cada servicio, debería tener el órgano, no nos referimos simplemente a la actividad reglamentaria, sino también a las atribuciones sancionatorias, de control y jurisdiccionales.

Ahora bien, a nuestro entender la ley 210 –no obstante la citada diversidad de actividades involucradas-, no prevé la especialidad del EUCBA. Ello por cuanto:

a) La totalidad de las funciones relacionadas con los diversos servicios son asignadas a un mismo órgano superior jerárquico –esto es, el Directorio– que, por ende, debe atender las más variadas cuestiones.

b) Dicho órgano está compuesto por cinco miembros a quienes –más allá de la genérica exigencia de que “deben ser profesionales expertos”⁸ – no se les requiere puntualmente especialidad alguna: ni, genéricamente, en materia de servicios públicos ni, específicamente, en cuanto a los diversos servicios involucrados⁹.

En suma, del somero análisis efectuado se puede inferir que el valor “especialidad” no fue tenido en mira por el legislador local en oportunidad de crear al EUCBA. Siendo ello así, cabe analizar seguidamente si ello respondió a la idea de privilegiar –en cambio– al criterio de la imparcialidad e independencia.

⁸ Artículo 139 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y artículo 5º, inciso a), de la ley 210.

⁹ Artículo 4º: “Composición. Designación. El Ente está constituido por un Directorio, conformado por cinco miembros, designados por la Legislatura por mayoría absoluta del total de sus miembros, contemplando lo prescripto en el artículo 36 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, previa substanciación en audiencia pública con los candidatos. El Presidente o Presidenta es propuesto por el Poder Ejecutivo y los vocales por la Legislatura, garantizando la pluralidad de la representación, debiendo ser uno de ellos miembro de organizaciones de usuarios y consumidores”.

3.2. ¿Goza de independencia e imparcialidad?

El análisis de la independencia e imparcialidad del EUCBA debe ser efectuado –a nuestro entender– sobre la base de dos aspectos:

a) Si el órgano jerárquico superior del ente es susceptible –en base al diseño normativo (nombramiento, remoción, recursos, etc.)– de ser influenciado por intereses ajenos a los estrictamente relacionados con la actividad desarrollada por dicho órgano.

b) Si ejerce con exclusividad las funciones jurisdiccionales asignadas o si, además, desarrolla otras que –directa o indirectamente– puedan incidir en las decisiones que recaen en los conflictos sometidos a su decisión.

Veamos.

En cuanto al primer punto, del artículo 138 de la CCABA surge que el EUCBA constituye un ente autárquico –por ende, con personería jurídica– instituido en la órbita del Poder Ejecutivo local.

El examen de la independencia del EUCBA requiere, asimismo, el análisis de los mecanismos de nombramiento y remoción de los miembros del Directorio. En cuanto al nombramiento, del análisis de la CCABA y de la ley 210 advertimos que los miembros del Directorio del EUCBA son designados por la Legislatura por mayoría absoluta del total de sus miembros. A su vez, el presidente es propuesto por el Poder Ejecutivo y los vocales por la Legislatura, garantizando la pluralidad de la representación, debiendo ser uno de ellos miembro de organizaciones de usuarios y consumidores¹⁰.

A su vez, en cuanto a la remoción, la ley 210 dispone que los miembros del Directorio pueden ser removidos de sus cargos por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Legislatura, en caso de mal desempeño de sus funciones o conducta grave¹¹.

Ahora bien, descripto como ha sido el marco normativo del EUCBA en cuanto a su organización administrativa y en punto a los mecanismos de designación y remoción de los miembros de su Directorio, no podemos soslayar la jurisprudencia sentada en los últimos años por la Corte Suprema de

¹⁰ Artículo 139 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y artículo 4º de la ley 210.

¹¹ Artículo 8º de la ley 210.

Justicia de la Nación en torno a las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos.

En tal sentido cabe recordar que en el precedente "Litoral Gas"¹², el Máximo Tribunal sostuvo –en cuanto al Ente Nacional Regulador del Gas ("ENARGAS")– que *"las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para su actuación en la ley 24.076 –conforme artículos 53, 54 y 55 de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores del ente- no alcanzan para categorizarlo como tribunal administrativo"*. Sin embargo, en dicha ocasión sólo se limitó a consignar tal aseveración, sin utilizar dicho argumento como fundamento para resolver.

Pero fue en el reciente y célebre caso "Ángel Estrada y Cía. SA"¹³ cuando la Corte Suprema dejó sentado un criterio liminar en la materia: el otorgamiento de facultades a organismos administrativos para resolver este tipo de conflictos requiere –además de los requisitos y condiciones exigidos en "Fernández Arias", o sea, la necesidad de un control judicial suficiente-, que esté asegurada la debida independencia e imparcialidad de tales órganos, las que, según se desprende del fallo, no les reconoce a los entes reguladores.

Como se ha dicho, el citado precedente obra como un llamado de atención a quienes les compete establecer los mecanismos de integración y funcionamiento de los entes reguladores de modo de asegurar su efectiva independencia. No es suficiente con que existan previsiones que contemplen la posibilidad de que ejerzan atribuciones como tribunales administrativos, ni alcanza con que se prevean acciones judiciales contra sus decisiones a través de un control suficiente y adecuado por parte del Poder Judicial. Se requiere además reconocer la naturaleza técnica independiente de sus funciones, independencia que debe serlo primero y principalmente del poder político, resistiendo las oleadas reguladoras de los Ministerios y Secretarías. Independencia por un lado en la elección y remoción de sus miembros y también en la no sujeción a directivas de la Administración Central, con

¹² CSJN, "Litoral Gas S.A. v. ENARGAS, Resolución 29/1994", 16/4/1998, Fallos 321:776

¹³ CSJN, "Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 – Secretaría de Energía y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)", 5/04/05, Fallos 328.

competencias decisorias exclusivas o excluyentes sin recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo¹⁴.

En síntesis, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema permite entender que para aquella constituya "tribunal administrativo" aquel órgano que ejerce facultades jurisdiccionales con un grado de independencia tal que no se encuentra presente –a su criterio– en los entes reguladores de servicios públicos. Estos últimos, por ende, serían meros órganos administrativos que ejercen, entre otras funciones, potestades jurisdiccionales.

Sin perjuicio de lo dicho, corresponde analizar si la atribución de facultades efectuada a favor del EUCBA permite que –a la hora de ejercer dicho órgano funciones administrativas– ellas sean practicadas de manera imparcial. Como dijimos más arriba, la atribución de facultades jurisdiccionales junto con funciones reglamentarias, de control, sancionatorias, etc. es susceptible –a nuestro entender– de influir en la manera de resolver los conflictos llevados a sus estrados.

De la lectura de la ley 210 se advierte que el EUCBA tiene las siguientes facultades:

a) Facultades de control:

- Verificar el correcto cumplimiento de las leyes o normas reglamentarias de los servicios sometidos a su jurisdicción.

- Controlar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios.

- Controlar el cumplimiento de los contratos de concesión, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones.

- Advertir a la autoridad competente en caso de alteración del principio de razonabilidad y justicia tarifaria, mediante resolución fundada.

- Crear un sistema de información que permita evaluar en forma estadística el desempeño de los prestadores de los servicios controlados.

¹⁴ Rejtman Farah, Mario, "La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias", Revista Lexis Nexis del 31/8/05.

- Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias y efectuar las denuncias pertinentes, implementando las acciones tendientes a hacer cesar dichas conductas.

- Controlar el estado de las instalaciones de transporte local y redes de distribución en la vía pública tanto en el espacio aéreo como subterráneo respecto de los servicios públicos locales y supervisar los tendidos de los interjurisdiccionales, a los efectos de velar por la seguridad y el resguardo ambiental.

- Velar por la protección del ambiente, la seguridad, higiene y salubridad de los establecimientos e instalaciones y vehículos de los servicios sometidos a su competencia, incluyendo el derecho de acceso a las mismas, ante cualquier amenaza real o potencial a la seguridad y conveniencia pública, sin que ello importe la interferencia en la continuidad y regularidad de los servicios.

b) Facultades jurisdiccionales.

- Recibir y tramitar las quejas y reclamos que efectúen los usuarios en sede administrativa tendientes a resolver el conflicto planteado con el prestador. El Ente dicta las normas internas de procedimiento del trámite administrativo.

- Ejercer la jurisdicción administrativa.

c) Facultades sancionatorias:

- Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso.

Como se advierte, el EUCBA –al igual que otros entes reguladores– no sólo ejerce facultades jurisdiccionales sino también funciones de control y sancionatorias. A nuestro entender, el deber legal de controlar y, como consecuencia, sancionar a los concesionarios de servicios públicos por las irregularidades que comentan en la prestación del servicio, no puede permitir que el EUCBA tenga la imparcialidad que requiere un tribunal administrativo al ejercer la función jurisdiccional.

Más aún, el propio análisis de las resoluciones dictadas por el EUCBA en ejercicio de facultades jurisdiccionales revela que en oportunidad de resolver los conflictos sometidos a sus estrados dicho órgano aplicó, a su vez, sanciones administrativas a una de las partes del proceso¹⁵.

En otras palabras, la conjunción de funciones de control, sancionatorias y jurisdiccionales en cabeza del EUCBA impide –a nuestro criterio– que éstas últimas sean realizadas con suficiente imparcialidad.

En síntesis, como venimos diciendo –ya sea por aplicación de la citada jurisprudencia de la Corte Suprema como por el análisis de las funciones otorgadas legalmente al EUCBA– podemos concluir que dicho órgano tampoco presenta las garantías de independencia e imparcialidad que requiere el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

3.4. Opinión y posibles alternativas.

a) Los diversos sistemas de resolución de controversias en materia de servicios públicos exhiben que –en su diseño– se ha tendido a dar preeminencia ya sea al valor “independencia e imparcialidad” o, en cambio, al valor “especialidad”.

b) En aquellos casos en los que se ha privilegiado la especialidad los órganos administrativos jurisdiccionales se les ha asignado –asimismo– funciones “regulatorias”. Ello, claro está, implica resignar en cierto grado la imparcialidad en la resolución de controversias (ejemplos, ENRE o ENARGAS), en el entendimiento de que la función de resolución de controversias forma parte de la actividad regulatoria del ente.

c) Por el contrario, en los casos en que se ha privilegiado la imparcialidad e independencia en la resolución de conflictos, se ha procurado asignar tal función de manera exclusiva –esto es, sin mezclarla con el ejercicio de otro tipo de competencias– a tribunales administrativos (ejemplo, Tribunal Fiscal de la Nación, Tribunal Administrativo de Servicios Públicos diseñado por la Resolución 57/2005 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, por el que se ha dispuesto la formación de una comisión para la

¹⁵ Ver Resolución EUCBA nº 04/2004 de fecha 18/2/2004, entre otras.

elaboración de un proyecto de ley que cree un Tribunal Administrativo de los Servicios Públicos).

d) En el caso del EUCBA, se advierte que:

(i) Es un órgano que –aunque exhibe cierta especialidad, en general, en materia de servicios públicos locales– tiene a su cargo una variada gama de diversos servicios (ejemplos, multas fotográficas, recolección de residuos, concesiones viales, etc.). En este sentido, la estructura del EUCBA no permite sostener que dicho órgano esté especializado en cada uno de estas específicas prestaciones, no pudiendo –por ende– tenérselo como un verdadero órgano especializado.

(ii) En cuanto a la independencia e imparcialidad, ya sea por aplicación de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema en los precedentes “Litoral Gas” y “Ángel Estrada y Cía. SA” o, en cambio, por el análisis de las variadas funciones a él asignadas, no puede válidamente enténderselo –a nuestro criterio– como un organismo dotado de aquellos valores.

e) En definitiva, el diseño que exhibe el EUCBA mediante los artículos 138 y 139 del CCABA y en la ley 210 de la Ciudad de Buenos Aires, permite sostener que en su diseño no se ha privilegiado ninguno de los valores arriba enunciados, o sea, ni la especialidad ni la independencia e imparcialidad.

f) Ante el escenario descrito consideramos que algunas de las alternativas que podrían plantearse son las siguientes:

(i) Dotar de especialidad al EUCBA, mediante la reestructuración de su organización administrativa, dotándolo de órganos especializados en cada uno de los diversos servicios a él asignados o, cuanto menos, designando en el Directorio a profesionales especializados en las áreas en cuestión.

(ii) Asignar legalmente las facultades jurisdiccionales que hoy tiene el EUCBA en virtud de la ley 210 a un tribunal administrativo de servicios públicos locales, cuyo mecanismo de designación y remoción de sus miembros permita considerarlo como tal y que se dedique de manera exclusiva y excluyente a la resolución de controversias.