

# MIRADA CRÍTICA A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS <sup>1</sup>

Valeria E. ZAYAT-Juan Antonio STUPENENGO

SUMARIO. I. Introducción.- II. La preeminencia de la especialidad o de la independencia en el diseño de los órganos jurisdiccionales.- III. El caso de EUCBA. 1. ¿Constituye el EUCBA un órgano dotado de especialidad? 2. ¿Constituye el EUCBA un órgano jurisdiccional imparcial e independiente? 3. Síntesis y conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN

La ley 210 otorga al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, “EUCBA”) la facultad de resolver las controversias que se susciten con motivo de la prestación de los servicios públicos –enunciados en su artículo 2º– entre los sujetos de dichos servicios y/o entre éstos y todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas <sup>2</sup>.

Para los sujetos mencionados –con excepción de los usuarios– la previa intervención del EUCBA resulta un recaudo inexcusable para luego poder someter el conflicto a los tribunales judiciales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires <sup>3</sup>.

El objeto de este trabajo es efectuar un análisis crítico de las características que, a la luz de lo establecido en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, “CCABA”) y en la ley 210, presenta la regulación de la función jurisdiccional asignada al EUCBA. Más precisamente se procurará determinar si, a la luz de las particularidades que ostenta aquella regulación, puede válidamente sostenerse que, a la hora de resolver las controversias sometidas a sus estrados, el EUCBA constituye, o no, un ente dotado, por un lado, de especialización y/o, por el otro, de imparcialidad e independencia <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> El presente trabajo fue presentado como ponencia ante el 1er. Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, celebrado los días 20, 21 y 22 de septiembre de 2005.

<sup>2</sup> Artículo 20 de la ley 210.

<sup>3</sup> Artículo 20 de la ley 210.

<sup>4</sup> Se especifica que en lo sucesivo, a efectos de facilitar la lectura, se referirá a las funciones materialmente jurisdiccionales de los órganos administrativos

## II. LA PREEMINENCIA DE LA ESPECIALIDAD O DE LA INDEPENDENCIA EN EL DISEÑO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Un primer análisis de los sistemas de resolución de controversias en materia de servicios públicos permite advertir que:

(i) En algunos de aquellos sistemas se ha tendido a la creación de diversos entes reguladores –especializados según la materia– y se les ha asignado la función jurisdiccional propia del servicio en público que regulan y controlan.

(ii) En otros casos, en cambio, se ha propiciado que la función jurisdiccional no sea ejercida separadamente por cada uno de los entes reguladores sino, más bien, por un único tribunal administrativo ajeno a aquellos organismos de regulación y control.

Siendo ello así, bien podría sostenerse que mientras que en los regímenes citados en primer término se ha tendido a privilegiar la *especialidad* del órgano jurisdiccional por sobre su *independencia e imparcialidad*, en los segundos la intención de resguardar estas últimas garantías ha llevado a admitir que la resolución de conflictos se encuentre en cabeza de un único organismo administrativo que –si bien no tendría especial versación en las distintas áreas regulatorias– constituiría un verdadero tribunal administrativo con las consiguientes garantías de imparcialidad e independencia. A continuación se tratarán ambos sistemas.

a) En los regímenes que tienden a privilegiar la especialidad del órgano decisor se suele atribuir la facultad jurisdiccional a entes cuya principal función radica en la regulación y el control del servicio público asignado. Siendo así, estos entes ejercen –además de la función jurisdiccional– competencias típicamente regulatorias (por ejemplo, reglamentarias, de control, sancionatorias, etcétera).

Para defender la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos regulatorios se ha sostenido que cuando el ente interviene en un conflicto particular entre agentes ejerce, a su vez, potestades de regulación. Se ha agregado que toda la actividad del ente

---

como funciones jurisdiccionales y al ente u organismo que las ejerce, como órgano jurisdiccional.

constituye –en última medida– una intervención de regulación en el mercado puesto que cuando éste dicta un reglamento, impone una sanción u otorga una licencia está, en definitiva, resolviendo conflictos de intereses entre agente económicos. La regulación por vía de resolución de casos concretos –se ha dicho– 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 idénticos <sup>5</sup>.

Claro ejemplo de lo que venimos diciendo se encuentra plasmado en las leyes 24.065 <sup>6</sup> y 24.076 <sup>7</sup>, en tanto que por ellas se asignan al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (en adelante, “ENRE”) y al Ente Nacional de Regulación del Gas (en adelante, “ENARGAS”) funciones jurisdiccionales que son ejercidas por los mismos órganos –en ambos casos, los respectivos Directorios– que ejercen las funciones antes mencionadas.

b) En cambio, en los sistemas enunciados en segundo lugar se ha entendido que, por consistir en la resolución de controversias entre particulares, las funciones jurisdiccionales deben ser realizadas por órganos independientes. La independencia de estos entes se obtendrá ya sea mediante adecuados mecanismos de nombramiento y remoción de sus directivos, o bien por vía de exigir que el órgano que resuelve la controversia sometida a decisión no sea el mismo que ejerce, a su vez, funciones típicamente regulatorias.

Quienes propician la vigencia de este tipo de regímenes han encontrado un importante sostén en reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha negado el carácter de tribunal administrativo del ENARGAS en el entendimiento de que las garantías formales de independencia y neutralidad previstas en la ley 24.076 para su actuación no alcanzan para categorizarlo como tal <sup>8</sup>.

5 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, Hammurabi, T. 2, p. 1065 y ss.

6 Artículo 72 de la ley 24.065.

7 Artículo 66 de la ley 24.076.

8 CSJN, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96-Secretaría de Energía y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”, 5/04/05, La Ley 2005-D-439.

Un ejemplo de este tipo de regímenes puede verse plasmado en la Resolución 57/2005 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Por medio de dicha norma se ha propiciado –con fundamento, precisamente, en la supuesta falta de independencia e imparcialidad del ENRE y del ENARGAS como órganos jurisdiccionales– la creación de un Tribunal Administrativo de los Servicios Públicos de Competencia Nacional. Así, se ha sostenido entre sus considerandos que “la idea de propiciar el Tribunal referido responde a la necesidad de reunir en un solo órgano, investido de las garantías formales de independencia e imparcialidad necesarias para el ejercicio de la función otorgada, la atribución de las competencias materialmente jurisdiccionales actualmente asignadas a diversos entes que carecen de tales garantías y suman, además, a esa clase de competencias jurisdiccionales, otras que, como las de regulación y control, no son propias de un Tribunal”<sup>9</sup>.

En suma, conforme a esta segunda postura, la asignación de funciones típicamente regulatorias y jurisdiccionales a un ente administrativo impiden que éstas últimas sean ejercidas con la imparcialidad e independencia propia de un tribunal administrativo. Ello ha conducido a propiciar la asignación de la totalidad de la función jurisdiccional en materia de servicios públicos a un órgano especial que –si bien no tendrá especial versación en cada uno de los regímenes regulatorios involucrados– gozará de tales garantías.

### III. EL CASO DEL EUCBA

A continuación abordaremos el análisis del diseño institucional del EUCBA con el objetivo de determinar liminarmente cuál de los esquemas antes descritos se refleja en la normativa que lo regula.

El análisis citado será realizado –básicamente– sobre la base de lo dispuesto en la CCABA y en la ley 210, que regula las funciones y competencias del EUCBA.

9 Resolución 57/2005 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

1. *¿Constituye el EUCBA un órgano dotado de especialidad?*

Si bien es cierto que el estudio de las materias que controla y/o regula el EUCBA permite sostener que dicho órgano tiene – como su nombre lo indica– especial versación en materia de servicios públicos, no lo es menos que dentro de sus atribuciones se concentra un amplio y diverso espectro de específicos servicios públicos cuya naturaleza resulta manifiestamente diversa.

En efecto, en el artículo 2º de la ley 210 se 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 a los servicios públicos locales, la diversa naturaleza de los servicios sometidos a su competencia permite, o no, que dicho órgano tenga una real versación técnica y específica sobre cada uno de ellos. En otras palabras, bien podría sostenerse que para que se considere que el EUCBA constituye un ente administrativo especializado tal especialización debe recaer sobre cada una de las diversas actividades involucradas.

Ahora bien, a nuestro entender la ley 210 no erige al EUCBA como un órgano jurisdiccional con especial versación en la regulación de cada uno de los servicios públicos respecto de los cuales tiene asignada competencia. Ello es así por cuanto:

a) La totalidad de las atribuciones relacionadas con los diversos servicios (sancionatorias, de control, etcétera) son asignadas

a un solo y único órgano superior jerárquico –este es, el Directorio– que, por ende, debe atender a las más variadas y diversas cuestiones.

b) El Directorio del EUCBA está compuesto por cinco miembros a los que –más allá de la genérica exigencia de que “*deben ser profesionales expertos*”<sup>10</sup>– no se exige especialidad alguna: ni, genéricamente, en materia de servicios públicos ni, específicamente, en cuanto a los diversos servicios involucrados<sup>11</sup>.

En suma, del somero análisis efectuado se puede inferir que, a la hora de asignar competencia jurisdiccional al EUCBA, el legislador local no ha previsto que dicho órgano administrativo tenga especial versación técnica ni jurídica en cada uno de los servicios públicos enunciados en el artículo 2º de la ley 210.

Siendo ello así, cabe analizar seguidamente si –en su carácter de órgano jurisdiccional– el EUCBA constituye, o no, un órgano imparcial e independiente.

## *2. ¿Constituye el EUCBA un órgano jurisdiccional imparcial e independiente?*

La respuesta a este interrogante exige –a nuestro entender– el previo análisis de dos cuestiones básicas:

(i) Si los mecanismos legales de nombramiento y remoción de los directivos del EUCBA permiten, o no, que dicho órgano se mantenga al margen de intereses –políticos o de cualquier índole– susceptibles de influenciar a la decisión de la controversia sometida a su decisión.

(ii) Si el Directorio ejerce con exclusividad la función jurisdiccional asignada o si, además, desarrolla otras que –directa o in-

<sup>10</sup> Artículo 139 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y artículo 5º, inciso a), de la ley 210.

<sup>11</sup> Artículo 4º de la ley 210: “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”.

directamente— puedan incidir en las decisiones que adoptan en los conflictos sometidos a sus estrados.

A efectos de contestar estos planteos cabe formular las siguientes consideraciones.

a) En cuanto al primer punto, del artículo 138 de la CCABA surge que el EUCBA constituye un ente autárquico —por ende, con personería jurídica propia— instituido en la órbita del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En cuanto al nombramiento de sus directivos, del análisis de la CCABA y de la ley 210 se advierte que los miembros del Directorio del EUCBA son designados por la Legislatura de la Ciudad de Bs. As. por mayoría absoluta del total de sus miembros. A su vez, el presidente del Directorio es propuesto por el Poder Ejecutivo local, mientras que los vocales son propuestos por la Legislatura. Asimismo, uno de estos directores debe ser miembro de organizaciones de usuarios y consumidores <sup>12</sup>. De esta forma se garantiza la pluralidad de la representación en el Directorio del EUCBA.

En cuanto al mecanismo de remoción, en la ley 210 se dispone que en los casos de mal desempeño de sus funciones o de inconducta grave los miembros del Directorio pueden ser removidos de sus cargos por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Legislatura local <sup>13</sup>.

Ahora bien, reseñados los mecanismos de nombramiento y remoción de los miembros del Directorio del EUCBA, forzoso es adelantar que las garantías de imparcialidad e independencia no se encuentran aseguradas con un grado tal que permita válidamente sostener que estamos en presencia de un verdadero tribunal administrativo.

En este sentido cabe recordar que —aunque con respecto al ENARGAS— la Corte Suprema ha sostenido 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” <sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Artículo 139 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y artículo 4° de la ley 210.

<sup>13</sup> Artículo 8° de la ley 210.

<sup>14</sup> CSJN, “Litoral Gas S.A. v. ENARGAS, Resolución 29/1994”, 16/4/1998, *Fallos*, 321:776.

A su vez, la actual integración del Máximo Tribunal ha sentado el criterio liminar en la materia al sostener que el otorgamiento de facultades a organismos administrativos para la resolución de conflictos requiere además de los requisitos y condiciones exigidos en el célebre precedente “Fernández Arias” –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<sup>15</sup>.

Como se advierte, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema permite entender que sólo constituye tribunal administrativo aquel órgano que ejerce facultades jurisdiccionales con un determinado grado de imparcialidad e independencia, lo que –a criterio del Máximo Tribunal– no se encuentra presente en el ENARGAS y en el ENRE. Estos serían, más bien, meros órganos administrativos que ejercen, entre otras funciones, potestades jurisdiccionales.

En suma, no es suficiente con incluir –en los respectivos regímenes regulatorios– preceptos que contemplen la posibilidad de que el órgano en cuestión ejerza atribuciones como tribunal administrativo ni alcanza, tampoco, con prever 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 –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 competencias decisorias exclusivas o excluyentes sin recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo<sup>16</sup>.

b) Independientemente del análisis efectuado, corresponde indagar si la atribución de facultades típicamente regulatorias efectuada a favor del EUCBA permite que –a la hora de ejercer dicho órgano las funciones jurisdiccionales legalmente asignadas– ellas

15 CSJN, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96-Secretaría de Energía y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”, 5/04/05, La Ley 2005-D-439.

16 REJTMAN FARAH, Mario, “La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias”, Revista LexisNexis del 31/8/05.



sean practicadas de manera imparcial. Es que, como se dijo más arriba, la atribución de funciones de control, sancionatorias, etcétera, junto con la asignación de competencia jurisdiccional podría ser susceptible, a nuestro entender, de influir en la manera de resolver los conflictos llevados a sus estrados.

De la lectura de la ley 210 surge que el EUCBA tiene legalmente asignadas –además de la función jurisdiccional– las siguientes facultades:

(i) 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; 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.

(ii) 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, al igual que otros entes reguladores, el EUCBA no sólo ejerce facultades jurisdiccionales sino también funciones de control y sancionatorias.

A nuestro entender, el deber legal de controlar y, por consiguiente, de sancionar a los concesionarios de los diversos servicios públicos involucrados en la ley 210 por las irregularidades que comentan en la prestación del servicio no puede permitir que el EUCBA tenga la imparcialidad propia de un tribunal administrativo al momento de ejercer la función jurisdiccional. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en las propias resoluciones dictadas por el EUCBA en ejercicio de facultades jurisdiccionales, las que dan cuenta de que –en oportunidad de emitir una resolución– dicho órgano no se limitó a resolver el conflicto sometido a sus estrados sino que aplicó, a su vez, sanciones administrativas a alguna de las partes del proceso <sup>17</sup>.

Por otro lado, entendemos que la probabilidad de que el órgano decisor actúe sin imparcialidad a la hora de ejercer la función jurisdiccional se incrementará en la medida en que la resolución del conflicto a decidir requiera la aplicación de alguna norma de carácter general emitida por el propio Directorio del EUCBA.

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

En suma, entendemos que ni por los mecanismos de integración, nombramiento y remoción de los directores del EUCBA ni por las conjunción de funciones típicamente reglamentarias junto con facultades jurisdiccionales puede válidamente sostenerse que dicho órgano presenta las garantías de independencia e imparcialidad que requiere el eficaz ejercicio de funciones jurisdiccionales.

### 3. *Síntesis y conclusiones*

a) Mientras que en determinados sistemas regulatorios se ha tendido a privilegiar la *especialidad* del órgano jurisdiccional por

17 Ver Resolución EUCBA nº 4/04, de fecha 18/2/04, entre otras.

sobre su *independencia e imparcialidad*, en otros el resguardo de estas últimas garantías ha llevado a admitir que la resolución de conflictos se encuentre en cabeza de un único tribunal administrativo que no tenga especial versación en las distintas áreas regulatorias.

b) En los primeros casos las diversas funciones regulatorias, incluso la jurisdiccional, han sido asignadas –según la especialidad del servicio en cuestión– a diversos entes reguladores (por ejemplo, ENRE, ENARGAS, etcétera). Ello, claro está, implica resignar en cierto grado la imparcialidad en la resolución de controversias.

c) Por el contrario, en otros supuestos se ha propiciado la asignación de la función jurisdiccional correspondiente a todos los servicios públicos a un órgano especial que –si bien no tendrá especial versación en cada uno de los regímenes regulatorios– gozará de las garantías de imparcialidad e independencia (por ejemplo, Tribunal Administrativo de Servicios Públicos referido por la Resolución 57/2005 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

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

(i) Es un órgano que –aunque especializado, en general, en materia de servicios públicos locales– tiene a su cargo una variada gama de diversos servicios específicos (por ejemplo, multas fotográficas, recolección de residuos, concesiones viales, etcétera). Sin embargo, la estructura del EUCBA no permitiría sostener, en principio, que dicho órgano esté especializado en cada una de estas específicas prestaciones, no pudiendo –por ende– tenerse como un verdadero órgano jurisdiccional especializado.

(ii) En cuanto a las garantías de independencia e imparcialidad, ni por los mecanismos de integración, nombramiento y remoción de los directores del EUCBA ni por la conjunción de funciones típicamente reglamentarias junto con facultades jurisdiccionales podría válidamente sostenerse que dicho órgano presenta tales garantías.

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 –en principio– que en su diseño no se habría privilegiado la *especial versación* del organismo jurisdiccional en cada uno de los específicos servicios públicos res-

pecto de los cuales se ha asignado competencia ni, tampoco, se lo habría dotado de las garantías básicas de *imparcialidad e independencia*, propias de cualquier órgano jurisdiccional.

A partir de esta primera aproximación al tema en estudio habrá que preguntarse, a la luz de la experiencia adquirida hasta el presente, si el actual diseño plasmado en la ley 210 –de creación del EUCBA– presenta ventajas frente a los clásicos sistemas de resolución de controversias enunciados en el presente trabajo.

De no ser así la alternativa plausible radica –a nuestro entender– en la adecuación del sistema actual a alguno de aquellos modelos. Independientemente de cuál sea la modalidad que en definitiva se adopte en una futura y eventual modificación legislativa el horizonte no puede ser otro que el de brindar al ciudadano un adecuado y eficaz sistema de resolución de conflictos.