

PARTICULARIDADES SOBRE LOS REGÍMENES SANCIONATORIOS APLICABLES A LAS PRESTATARIAS ESTATALES DE SERVICIOS PÚBLICOS

Valeria E. ZAYAT

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El Estado como prestatario y garante de los servicios públicos. 2.1. Los prestatarios estatales. 2.2. El ente de regulación y control de servicios públicos.- 3. Aplicación de multas a las prestatarias estatales por parte de Entes reguladores y otros organismos regulatorios. Revisión y efectividad. 3.1. La revisión de las multas aplicadas a prestatarias estatales y los conflictos interadministrativos. 3.2. La función regulatoria de las multas pecuniarias. Efecto en las prestatarias estatales.- 4. Sistemas sancionatorios especiales para prestatarias estatales. 4.1. Provisión de agua potable y desagües cloacales en el área Metropolitana. 4.2. Servicio público de transporte ferroviario de pasajeros y cargas.- 5. A modo de conclusión

1. Introducción

Los marcos regulatorios de los servicios públicos federales han sido delineados principalmente en la década del 90' para la prestación privada de servicios públicos y, en este ámbito, se crearon los órganos estatales de regulación y control. Por su parte, en la reforma constitucional de 1994, se incorporaron nociones de regulación económica y se consagró una serie de derechos de los consumidores y usuarios -en particular, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos-, exigiendo a las autoridades su protección.

Con posterioridad, principalmente a partir de la crisis del año 2001, se produjo -a nivel federal y provincial- la vuelta del Estado a la prestación de los servicios públicos, por sí o a través de figuras societarias del Derecho Privado. A su vez, desde el año 2016, se observa un nuevo giro hacia la concepción subsidiaria del Estado en la actividad económica, aunque se mantiene su participación en la prestación de ciertos servicios públicos, la explotación de recursos no renovables y abastecimientos que se consideran críticos.

En la actualidad en materia de servicios públicos federales, se verifica la presencia del Estado en distintos estamentos de la tria-

da clásica de relaciones jurídicas regulatorias: regulador-prestatario-usuario. Esto es, situaciones en las que el Estado, además de concedente, actúa en los roles de ente de regulación y control, y de prestatario del servicio. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la distribución de agua potable y desagües cloacales en el área metropolitana, transporte ferroviario, correos, entre otros. Asimismo, el Estado ejerce la defensa de la competencia en estos mercados, cuando el servicio es prestado en concurrencia con empresas privadas (telecomunicaciones, transporte aerocomercial, etc.). En definitiva, en estos casos se advierten relaciones entre el Estado -en sus distintas manifestaciones- y los usuarios.

Esta confluencia de roles en el Estado presenta de por sí un conflicto de intereses desde la teoría de la regulación, ya que el interés del servicio debe ser considerado a largo plazo y los intereses estatales suelen regirse por directivas políticas cortoplacistas. En este contexto cobra principal relevancia el control de la prestación de los servicios públicos, en especial a través de la aplicación de los regímenes sancionatorios, para asegurar el adecuado funcionamiento de este instituto y la tutela de los usuarios conforme lo establece la manda constitucional.

En el marco de este trabajo, se analizarán algunas particularidades de la aplicación de los regímenes sancionatorios a las empresas estatales, como ser aquellas que se suscitan con las multas pecuniarias y las posibilidades de su utilización como instrumento regulatorio, a fin de compeler a las empresas a modificar su conducta. Asimismo, se revisarán los sistemas sancionatorios específicamente diseñados para prestatarias estatales y los interrogantes que se plantean considerando la necesidad de garantizar la eficiencia y calidad de los servicios públicos.

2. El Estado como prestatario y garante de los servicios públicos

2.1. Los prestatarios estatales

En forma sintética cabe referir que históricamente se han sucedido distintos estadios con prestación pública y privada de los servicios públicos, sin que exista actualmente en nuestro Derecho alguna definición normativa sobre la titularidad del servicio, ni sobre el carácter del prestador. En tal sentido, la Corte Suprema

de Justicia de la Nación resaltó que la Constitución Nacional dejó a criterio del legislador -siempre que se asegure la calidad y eficiencia del servicio público bajo un marco regulatorio adecuado y con organismos de control pertinentes- determinar la naturaleza de la persona -estatal, pública, mixta o privada- que tendrá a su cargo la prestación del servicio y las condiciones bajo las cuales se la llevará a cabo ¹.

A los fines de este trabajo nos centraremos en los prestatarios estatales, organizados institucionalmente como personas jurídicas de Derecho Privado, bajo distintos tipos societarios o regímenes. Entre ellos, se destacan las sociedades del Estado, regidas por la Ley 20.705, y las sociedades anónimas con capital exclusivo o mayoritariamente estatal que no han sido encuadradas en la Sección VI de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (“LSC”) -Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria- y, por ende, se rigen por la Sección V, de Sociedades Anónimas de la LSC. Bajo estos tipos societarios se encuentran, entre muchas otras, la Sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (“SOFSE”), Ferrocarriles Argentinos SE (“FASE”), Aerolíneas Argentinas S.A. (“ARSA”), Agua y Saneamiento S.A. (“AYSA”), y Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima (“BCLSA”), Nucleoeléctrica Argentina S.A. (“NASA”), YPF S.A., Correo Oficial de la República Argentina S.A. y la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. (“ARSAT”).

El régimen jurídico de estas sociedades, si bien es diverso en las distintas tipologías, básicamente es de Derecho Privado, rigiéndose por las normas correspondientes a las sociedades anónimas, sin perjuicio de los controles estatales a los que se encuentran sometidas, como la Ley 24.156, ciertas normas de Derecho Público que les resultan aplicables ² y aquellas correspondientes a las prestatarias

1 *Fallos*, 337:858.

2 Con relación al régimen jurídico aplicable a las empresas y sociedades del Estado, ver MAIRAL, Héctor, “El Estado como empresario”, en PIAGGI, Ana I. (Dir.), *Tratado de la empresa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010; MATA, Ismael, “Los actos de empresas y sociedades del Estado”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, reglamento y otras fuentes de derecho administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Rap, Buenos Aires, 2009, p. 25; BALBÍN, Carlos F., “Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las sociedades absorbidas por el Estado”, en AA.VV., *Organización Administrativa, función pública y dominio público, jornadas organizadas por la*

de servicios públicos³.

Con relación a la designación de sus autoridades se destaca que en virtud del modelo de propiedad descentralizado del sector público empresario imperante, los directores son elegidos y nombrados por los diversos organismos que tienen participación en el capital social de la empresa. Es decir, en la mayoría de los casos quienes designan directamente a los directores son los ministerios del Poder Ejecutivo Nacional, quienes participan de manera exclusiva o compartida en la estructura de propiedad de las empresas⁴.

Estas empresas estatales se encuentran en el ámbito de aplicación de los “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina” (los “Lineamientos”), mediante el cual el Estado Nacional estableció sus expectativas respecto a la organización y gestión de las empresas públicas en materia de gobernanza⁵. Dichos Lineamientos fueron realizados en base

Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2005, p. 626, entre otra bibliografía. Asimismo, remitimos a nuestro trabajo ZAYAT, Valeria E., “Los actos emanados de las empresas y sociedades del Estado”, en TAWIL, Guido S. (Director), *Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 1012.

3 En particular cabe señalar a las normas relativas al Acceso a la Información Pública, tal como analiza detalladamente STUPENENGO, Juan Antonio, en “Acceso a la información de prestatarias de servicios públicos”, RDA 2017-113; 12/10/2017, 723.

4 Conf. RUBIO, Jimena y NÚÑEZ, Paula, “¿Quiénes dirigen las empresas públicas en Argentina? Recomendaciones para fortalecer los mecanismos de designación de sus directorios”. Documento de Políticas Públicas/Recomendación N° 213, Buenos Aires: CIPPEC, febrero 2019. Cabe agregar que no hay un marco normativo que prevea requisitos comunes para la designación de directores de empresas públicas, formales comunes para todas las empresas públicas (vinculados por ejemplo al nivel educativo, experiencia profesional o independencia política) para ser director. La investigación aporta datos muy valiosos sobre la dirección de empresas públicas y las recomendaciones para su mejora.

5 Los Lineamientos han sido aprobados mediante Decisión Administrativa N° 85/2018: BO del 14/2/2018 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, y resultan de aplicación a las empresas y sociedades consignadas en el artículo 8°, inciso b) de la Ley N° 24.156: BO del 29/10/1992, de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y para todos aquellos organismos descentralizados cuyo objetivo esencial sea la producción de bienes o servicios (art. 2°). Entre sus fundamentos se sostuvo que las políticas de buen

a las “Directrices sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (“OCDE”), que constituyen recomendaciones para fomentar la eficiencia, transparencia y rendición de cuentas en el sector de las empresas públicas ⁶.

2.2. *El ente de regulación y control de servicios públicos*

La Constitución Nacional con el fin de proteger los derechos de consumidores y usuarios prescribe a los organismos de control de los servicios públicos, como órganos de existencia necesaria en los marcos regulatorios de competencia nacional y, asimismo, establece que deberán contar con la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas ⁷.

En el marco de la organización administrativa, cabe concebirlos como autoridades administrativas independientes del poder cen-

gobierno alcanzarán, por un lado, a los ciudadanos, ya que los mismos recibirán un mejor servicio gestionado de manera transparente, y por el otro, al Estado Nacional, en la medida en que fortalecerá la sustentabilidad e integridad de sus empresas y sociedades.

⁶ Las Directrices, revisadas en el año 2015, ofrecen asesoramiento para que los gobiernos puedan garantizar que las empresas públicas sean al menos tan responsables como las empresas cotizadas deberían serlo antes sus accionistas. Ver en <http://www.oecd.org/daf/directrices-de-la-ocde-sobre-el-gobierno-corporativo-de-las-empresas-publicas-edicion-2015-9789264258167-es.htm>. Es ilustrativo asimismo el documento elaborado sobre el tema por la SIGEN, “Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”, PTS 15, 2016.

⁷ Tal como profundamente ha investigado la Dra. REIRIZ, podría interpretarse que el art. 42 de la CN da a los entes de regulación y control de servicios públicos una existencia necesaria y de ella derivan sus facultades y su ámbito de autonomía, estableciendo a su vez un esbozo de organización y sus funciones. En tal sentido ha sostenido que dichos entes pueden encuadrarse en la tipología de las llamadas Administraciones independientes, que hacen de la independencia frente a las directrices político-gubernamentales, nota esencial de su régimen jurídico (REIRIZ, María G., “Autoridades Administrativas Independientes para la regulación y control de servicios públicos”, BOTASSI, Carlos A. (Director), *Temas de Derecho Administrativo. En Honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, Librería Editora Platense, La Plata, 2003, p. 268.

tral, superando la concepción de entes administrativos descentralizados⁸. Sin embargo, no es posible soslayar que, a nivel infraconstitucional, los entes reguladores federales han sido instituidos como entes autárquicos, sujetos al poder de tutela de la Administración, tanto cuando han sido creados por ley, tal como prescribe el art. 42 CN, como por decreto⁹. El alcance de sus potestades y competencias diferirá según su conformación y la normativa específica aplicable. En su mérito, en virtud de su diseño institucional, las reglamentaciones dictadas y distintas prácticas verificadas, en los hechos los entes reguladores no detentan la nota característica de independencia del poder central mencionado, quedando su integración sujeta a la decisión del Poder Ejecutivo Nacional¹⁰. Otros de sus rasgos distintivos, como su carácter participativo y especialidad, también en la práctica se ven desdibujados.

En cuanto a la naturaleza de la función que realizan los entes reguladores, se ha discutido doctrinariamente si poseen un rol eminentemente de “control” de la prestación de los servicios públicos¹¹ o, por el contrario, si su principal función es la regulación

8 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 1ª ed., Cap. XV-2, F.D.A., Buenos Aires, 2013.

9 En particular cabe referir a la Comisión Nacional de Transporte (“CNRT”), creada por Decreto N° 660/96: BO del 27/6/1996, el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (“ORSNA”), creado por Decreto 375/97: BO del 25/4/1997 y la Dirección Nacional de Vialidad (“DNV”), que absorbió la actividad que realizaba el OCCOVI. Por su parte, entre los entes creados por ley se destacan Ente Nacional Regulador Eléctrico (“ENRE”), creado por Ley 25.064: BO del 16/1/1992 y Ente Nacional Regulador del Gas (“ENARGAS”), creado por Ley 24.076: BO 12/6/1992, entre otros.

10 Así lo ha interpretado nuestro Máximo Tribunal con particular referencia al ENARGAS y el ENRE, en *Fallos*, 321:776 y 328:651, al analizar el ejercicio de la función jurisdiccional, y entender que los mismos no gozan de independencia e imparcialidad del Poder Ejecutivo Nacional.

11 Entre los autores que consideran preeminente la función de control, se destaca el Dr. PÉREZ HUALDE, quien plantea fundadamente su tesis respecto de que “...el ámbito de funcionamiento propio de los ‘organismos’ independientes, atribuidos por la Constitución en su diseño, es -primordialmente- el del control por las provincias sobre el poder político del Gobierno federal”. En este marco, adopta una actitud estricta a la hora de interpretar que “únicamente es el ‘control’ la facultad que la Constitución ha atribuido a los ‘organismos’ en el

del servicio, y el control de la prestación debe enfocarse principalmente a la misión regulatoria que ejercen. Al respecto, brevemente mencionaremos que nos enrolamos en la teoría regulatoria, entendiendo que los entes reguladores cumplen una función de resolución de conflictos entre los agentes económicos que operan en el sector y, por ende, su intervención es un mecanismo público de solución de disputas, tal como prevé la Constitución Nacional. Para ello se valen de distintos instrumentos, ya sea el dictado de un reglamento, la imposición de una sanción o la resolución de una controversia ¹². En definitiva cualquiera sea la función que ejerza el ente regulador su tarea fundamental es prevenir y solucionar conflictos en materia de servicios públicos, protegiendo los derechos de los usuarios.

ordenamiento nacional argentino”. Ello no obstante aclarar que, dicha interpretación, “no debe llevarnos a limitar y privar a los organismos de los instrumentos necesarios que se encuentran implícitos en su naturaleza para un buen desempeño a la hora de cumplir su función” (conf. PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Los organismos federales de control en la Constitución: de servicios públicos y fiscal*, Rap, Ciudad de Buenos Aires, 2014, ps. 33; 110-111). Ver, asimismo, CICERO, Nidia K., *Servicios Públicos y federalismo*, Eudeba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, ps. 104 y ss.

12 Conforme claramente explica el Dr. AGUILAR VALDEZ, esta intervención en materia de servicios públicos supone la existencia de fallas en el mercado, y se encuentra orientada a interferir en las conductas de los agentes económicos, a fin de eliminar los costes de transacción, simulando la existencia de un mercado plenamente competitivo donde el mismo no existe. Así la intervención reguladora debe arbitrar entre las pretensiones de los agentes económicos, intereses entre usuarios y prestadores, distintas clases de usuarios, demandas de corto y largo plazo (conf. “Entes Reguladores de Servicios Públicos. Apuntes sobre su funcionamiento y perspectiva argentina” en Revista Iberoamericana de Derecho Público, RIADP, v. 4, n. 10, ps. 185-222, abr/jun., 2003). Excede el marco de este trabajo referirnos a la regulación económica, por lo que remitimos a la abundante bibliografía existente en la materia y, en particular, en nuestro medio a los exhaustivos estudios realizados por Oscar AGUILAR VALDEZ, entre ellos -además del mencionado: “Competencia y regulación económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones Rap S.A., Buenos Aires, 2004, ps. 59/92 y “Consideraciones jurídicas sobre los principales modelos regulatorios”, SJA 23/3/2005 - JA 2005-I-1245. Ver asimismo LASHERAS, Miguel A., *La Regulación económica de los servicios públicos*, Ariel Economía, Barcelona, 2009.

A los fines de la fiscalización y control del servicio público prestado, una herramienta fundamental que poseen los entes reguladores es la potestad sancionatoria. Esta potestad, se enmarca dentro de la actividad típicamente administrativa que realizan, que se distingue de la actividad administrativa materialmente jurisdiccional que éstos ejercen cuando resuelven controversias entre agentes de la industria -o entre éstos y los usuarios-, con los límites constitucionales existentes, tal como ha sido desarrollado por nuestro Máximo Tribunal. En su mérito, la aplicación de una sanción no constituye una actividad “jurisdiccional” sino típicamente administrativa ¹³.

En forma sintética podemos afirmar que la potestad sancionatoria es la competencia que poseen los entes reguladores para imponer sanciones a los prestatarios, siguiendo para ello un procedimiento previamente establecido, en el que se respete el derecho de defensa del sumariado.

El fundamento de la potestad sancionatoria radica para algunos autores en una relación de especial sujeción entre el ente y el prestatario -cercana a la noción de jerarquía y a la facultad disciplinaria- y, para otros, en el principio de legalidad que le atribuye y da un

13 Cabe recordar que los entes reguladores han sido conceptualizados desde antaño por BIANCHI como un “estado dentro del Estado”, al reunir las tres funciones básicas del Estado: reglamentaria, jurisdiccional y administrativa (BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, t. 1., Fundación de Derecho Constitucional José Manuel de Estrada, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 201). Sin embargo, entendemos que dichas funciones las realizan en el marco de la actividad administrativa que, como autoridades estatales, detentan conforme la competencia otorgada. Con relación a las facultades materialmente jurisdiccionales, disentimos del carácter “amplio” otorgado por algunos autores, como BIANCHI, que incluyen éstas en la facultad “disciplinaria” que tendrían los entes para aplicar sanciones (conf. p. 285). Por otro lado, cabe remitir a los estándares fijados por la Corte Suprema en los casos “Litoral Gas” y “Ángel Estrada”, citados, para el ejercicio de la función jurisdiccional que realizan. Ello, sin perjuicio del tratamiento que en algunos casos ha conferido la jurisprudencia y las dificultades que las funciones de los entes han suscitado. En tal sentido, sostenía TAWIL al analizar las facultades jurisdiccionales de los entes que: “Una de las mayores críticas susceptible de realizar a los marcos regulatorios de los nuevos entes regulatorios es la ausencia de una distinción clara entre el ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales” (conf. TAWIL, Guido Santiago, “La tutela cautelar frente a los entes regulatorios”, en CASSAGNE, Juan C., (Dir.), *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1389).

contenido específico; criterio que compartimos ¹⁴.

Cabe especificar que la potestad normativa tipificante de infracciones y sanciones se encuentra reservada a la ley, debiendo encontrarse éstas definidas en los marcos regulatorios ¹⁵. En tal sentido, y sin perjuicio de la heterogeneidad de regímenes jurídicos existentes, se ha sostenido que la única facultad de que disponen los entes en la materia es la correspondiente a la imposición de sanciones, e incluso con limitaciones de cuantía, faltando por completo, salvo por excepciones, las facultades de su establecimiento. Ello, sin perjuicio del enorme aumento del contenido y ámbito de las sanciones en lo que atañe a los Entes creados para la regulación e intervención en un sector económico: tarea que resultaría imposible sin el complemento de una potestad sancionatoria intensa ¹⁶.

14 Sobre el fundamento de la potestad sancionatoria de los entes reguladores, remitimos al trabajo de Valentín THURY CORNEJO, “Fundamentos y límites de la potestad sancionadora de los entes reguladores de servicios públicos (en especial referencia al ENRE y al ENARGAS)”, Revista de la Administración Pública R.A.P. N° 26, Cap. III, p. 207. Allí desarrolla la crítica a la teoría de “La relación de especial sujeción”, concluyendo que la potestad sancionatoria está otorgada por la ley, su finalidad está dada por el control del buen funcionamiento del servicio público a su cargo, definido en las reglas del servicio que reconocen su apoyo en el artículo 42 inc. 2 de la Constitución Nacional. Éste es el ordenamiento al cual se sujeta la prestación del servicio por parte del Concesionario, quien si bien presta su consentimiento al entrar en el régimen, su validez no se encuentra dada por ello, sino por el principio de juridicidad. Ver a su vez STEFANELLI, Carlos A. R., “Especial sujeción y proceso sancionatorio en el marco del proceso privatizador del sector público”, JA, Cita Online: 0003/014580, y el análisis jurisprudencial realizado en materia de servicios públicos.

15 Sobre el principio de legalidad y reserva legal en el Derecho Administrativo sancionador ver NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª ed., Caps. V y VI, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid, 2002. Asimismo, sobre las garantías del Derecho Constitucional sancionatorio en el marco de los servicios públicos ver GUSMAN, Alfredo S., “La potestad punitiva de la Administración en el contrato de concesión de servicios públicos. Aportes para la construcción de un Derecho Constitucional sancionador”, JA 2005-I-1236.

16 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, cit., p.130. Se destaca que NIETO conecta la potestad sancionatoria de la Administración en el concepto genérico de gestión, o si se quiere, de la intervención, de donde surge la necesidad de tener un instrumento para cohesionar y lograr llevar adelante la actividad encomendada (p. 96).

En el marco de la teoría de la regulación entendemos, tal como se refirió, que el ejercicio de las facultades de fiscalización y control importa una función regulatoria y por ende el ente al aplicar sanciones se encuentra interviniendo en el mercado. Ello, distingue al rol del regulador del correspondiente a un “tercero neutral”, que ejercería el ente en el marco de una función de control, posicionándose en forma similar al juez, fiscalizando el cumplimiento de las normas que rigen el servicio público y penalizando los incumplimientos ya acaecidos. A diferencia de ello, conforme la teoría regulatoria, serán relevantes los efectos que la función sancionatoria posea para el futuro procurando guiar el comportamiento de la prestataria, y de las demás prestatarias si las hubiere, en beneficio de los usuarios presentes y futuros.

En este contexto la finalidad de la aplicación de sanciones será la protección del buen funcionamiento de los servicios públicos. La potestad sancionadora debe asegurar la continuidad y calidad del servicio público prestado y coexistir con la garantía de defensa de los prestatarios.

3. Aplicación de multas a las prestatarias estatales por parte de Entes reguladores y otros organismos regulatorios. Revisión y efectividad

3.1. La revisión de las multas aplicadas a prestatarias estatales y los conflictos interadministrativos

En los sistemas sancionatorios clásicos, una de las sanciones más utilizadas es la multa pecuniaria, graduando la entidad de la falta con el monto de la multa. Ahora bien, la imposición de multas pecuniarias a sociedades comerciales por parte de los entes reguladores -y asimismo por otras entidades administrativas- en numerosos casos ha ocasionado la denuncia de la existencia de un conflicto interadministrativo y por ende la aplicación de este régimen especial de resolución de controversias.

Se recuerda que la ley N° 19.983, de Conflictos Interadministrativos ¹⁷, estableció un procedimiento especial para tramitar y solu-

¹⁷ BO del 5/12/1972. Su artículo primero prescribe que: “No habrá lugar a reclamación pecuniaria de cualquier naturaleza o causa entre orga-

cionar conflictos de naturaleza pecuniaria que se susciten dentro de la Administración Pública, derivados de relaciones interadministrativas o interorgánicas, determinando que sea el PEN, o en su caso el Procurador del Tesoro de la Nación, quien deba resolver estas controversias. Este procedimiento se utiliza entonces en virtud del carácter estatal de las personas involucradas, se fundamenta en el principio de jerarquía y unidad de acción -no resultando razonable que se presenten litigios entre dos personas públicas estatales integrantes de una misma esfera de gobierno-, y se aplica con respecto a las cuestiones dinerarias.

Con relación a los sujetos que pueden quedar comprendidos en este régimen, si bien la norma alude a los entes autárquicos, se ha entendido que estas disposiciones son de aplicación a otras formas de descentralización, entre las que se incluirían a las empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades del Estado y sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, por hallarse todas ellas sujetas, en definitiva, a la autoridad del Poder Ejecutivo Nacional¹⁸.

En este sentido la Procuración del Tesoro de la Nación, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores, han sostenido un criterio amplio de admisión en el que se incluye a las empresas y sociedades del Estado, como así también a las entidades privadas en las que el Poder Ejecutivo nacional tenga

nismos administrativos del Estado Nacional, centralizados o descentralizados, incluidas las entidades autárquicas, empresas del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, cuando el monto de la reclamación no sea mayor de dos mil pesos (\$2000). Cuando exceda de esta cantidad hasta la suma de cien mil pesos (\$100.000), y no haya acuerdo entre los organismos interesados, la cuestión se someterá a la decisión definitiva e irrecurrible del Procurador del Tesoro de la Nación; la decisión será tomada por el Poder Ejecutivo cuando supere el monto antes indicado. (...)”

18 CANDA, Fabián O., “El órgano competente, competencia y capacidad. Conflictos interorgánicos e interadministrativos. Deberes y facultades del órgano”, en TAWIL, Guido S., (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, cit., p. 196, citando doctrina calificada como HUTCHINSON, Tomás, *Ley de Procedimientos Administrativos, comentada, anotada y concordada*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, p. 121 y COMADIRA, Julio R., *Procedimiento Administrativo: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, p. 168.

la propiedad, el gobierno y su dirección ¹⁹.

En el caso de sociedades por acciones, este criterio sería de aplicación siempre y cuando se trate de sociedades cuyo capital social resulte exclusivamente estatal, toda vez que tratándose de sociedades de capital mixto, la exclusión de estos conflictos de la órbita del Poder Judicial podría afectar los derechos de los accionistas privados involucrados ²⁰. Ello sin perjuicio de que, en los casos particulares, pueda analizarse si se ha integrado el capital privado o si el capital privado es aparente o nominal, para definir la solución del problema que pueda plantearse ²¹. Asimismo, en este tipo de sociedades, que deben ser creadas por ley, deberá analizarse su régimen normativo a fin de descartar la aplicación de este régimen en los casos en que expresamente haya sido excluido ²².

19 PTN, Dictámenes N° 287:160; 276:121; 171:60; *Fallos*, 298:180; 269:439, entre otros, y C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, 5/2/2009, “Correo Oficial RA AS”; C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala III, 16/12/2010, “Aerolíneas Argentinas S.A.”. En particular, se ha sostenido que “Cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad” (conf. Dictámenes: 206:117). Ampliar asimismo en MONTEQUÍN, Marina A., “El Procedimiento de resolución de controversias interadministrativas”, en TAWIL, Guido S. (Dir.), *Procedimiento Administrativo...*, cit., p. 598.

20 En contra del criterio de considerar conflictos interadministrativos aquellos que se producen con sociedades anónimas de Derecho Privado de propiedad estatal exclusiva, se ha expedido MAIRAL, sosteniendo que disponer de los bienes de la sociedad como si fueran propios -en perjuicio de los acreedores- resulta una causal de extensión de quiebra, con lo cual si se trata de una controversia de un monto que ponga en peligro la solvencia de la sociedad estatal, se respetarán mejor los intereses públicos sometiénolos a la Justicia que resolviéndola por una decisión administrativa fuera del ámbito de los tribunales (MAIRAL, Héctor, *El Estado como empresario...*, cit., p. 612).

21 En este sentido, la Corte Suprema, remitiendo al dictamen de la Procuradora Fiscal Dra. Monti, consideró de capitales mixtos a AYSA, por poseer un 10% de acciones sujetas al programa de Propiedad Privada participada, a diferencia de lo que ocurría con Obras Sanitarias de la Nación. Sin embargo, como dicho capital no había sido integrado, estimó que podía ser procedente el fuero federal en razón de estar actuando el Estado Nacional (*Fallos*, 332:1143).

22 Así nuestro Máximo Tribunal ha exigido el análisis del marco regulatorio involucrado no pudiendo prescindirse de la voluntad del legislador en

Se advierte igualmente que en algunos supuestos las normas que componen el régimen jurídico de las prestatarias estatales son contradictorias entre sí, generando situaciones confusas para operadores e intérpretes. Así, en el caso de AYSA -sociedad de capital mixto- se dispuso que no le resultan aplicables las disposiciones de la ley N° 19.549, ni en general, normas o principios de Derecho Administrativo²³. No obstante lo cual, en el Instrumento de Vinculación de AYSA con el Concedente se previó expresamente la posibilidad de utilizar el procedimiento de la ley N° 19.983²⁴.

Con relación al objeto de las cuestiones interadministrativas, o elemento objetivo, esto es la reclamación pecuniaria que habilita esta forma especial de resolución de controversias, la Corte Suprema ha sostenido en numerosos precedentes que la facultad de imponer multas entre organismos y entes estatales no puede asimilarse a los reclamos pecuniarios a los que alude la ley N° 19.983 toda vez que, en estos casos, se encuentra involucrado el poder punitivo del Estado y por ende debe primar el derecho constitucional de defensa en juicio, no pudiendo ser sustraído el litigio de la órbita del Poder Judicial. Así ha resuelto que “(...) una adecuada inteligencia del art.

los casos en que expresamente se ha excluido la aplicación de las normas administrativas. En el caso, se trataba de una controversia entre YPF y la AFIP-DGI respecto de los períodos fiscales de 1991 y 1992, época en que YPF era una sociedad anónima y se encontraba vigente la ley 24.145 que vedaba la posibilidad de que se aplique a dicha sociedad normas administrativas. En tal sentido, se sostuvo que “...la decisión de la Cámara de Apelaciones de remitir las actuaciones a la Procuración del Tesoro de la Nación en el marco de la ley 19.983 y denegar la habilitación de la instancia judicial, supone un apartamiento de la normativa aplicable y, a la vez, una contradicción con sus términos, que invalida el pronunciamiento” (*Fallos*, 335:258). Este criterio fue seguido por la C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, 20/10/2017, “Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur S.A. c/Estado Nacional”, La Ley Online AR/jur/87905/2017).

23 Conf. arts. 2 y 11 del. DNU 304/2006: BO del 22/3/2006. Con relación al capital social, el art. 1° del Decreto N° 304/2006 dispuso que su paquete accionario pertenece en un 90%, en forma intransferible, al Estado Nacional y el 10% restante a los trabajadores adheridos al Programa de Propiedad Privada Participada.

24 Conf. art. 13.2 de la Resolución MINPLAN N° 170/2010: BO del 25/2/2010. Asimismo, con respecto a la jurisdicción se estableció que “se prevé el fuero contencioso administrativo federal, cuando no sea de aplicación el procedimiento de la ley N° 19.983: BO del 5/12/1972”.

1 de la Ley de Conflictos Interadministrativos permite afirmar que la facultad punitiva de imponer multas no puede ser asimilada a los reclamos pecuniarios a que se refiere el citado precepto (*Fallos*, 302:273; 306:1195; 316:529), y que dicha norma no constituye óbice para que el Poder Judicial revise la legitimidad de una multa administrativa impuesta a una persona estatal (*Fallos*, 312:459) por lo que tal disposición no impide al Poder Judicial revisar la legitimidad de la sanción impuesta a una persona estatal ²⁵. Ésta es la doctrina asimismo de la Procuración del Tesoro de la Nación ²⁶.

No obstante lo cual, no es posible soslayar que la jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativa Federal, consideró aplicable el régimen de la ley N° 19.983 en el supuesto de multas administrativas a prestatarias estatales. Así, distintas salas de la referida Cámara trataron el tema respecto a las impugnaciones planteadas por NASA ²⁷ contra las sanciones impuestas por el ENRE. Allí se resolvió que “La controversia entre el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica y una sociedad anónima cuyo capital es íntegramente estatal (Nucleoeléctrica Argentina S.A.) es un conflicto interadministrativo en los términos del art. 1° de la ley 19.983 y los arts. 1 y 11 de su decreto reglamentario 2483/93 resultando por ello ajeno a la jurisdicción judicial y propia de los órganos administrativos competentes” ²⁸. En estos precedentes se hizo referencia al fallo plenario “YPF” (1987), mediante el cual la Cámara en Pleno, en un voto muy dividido, decidió que: “Lo dispuesto en el art. 1 de la

²⁵ *Fallos*, 326:3254. Cita del dictamen del procurador general Becerra, que la Corte hace suyo.

²⁶ PTN, “ARSA c. Dirección Nacional de Migraciones (Organismo descentralizado en la órbita del Ministerio de Interior y Transporte)”, Dictámenes 283:377. En el mismo sentido, se expidió la PTN, con relación a la impugnación de una multa aplicada a NASA por la AFIP/DGA (PTN, 5/12/2013, Dictámenes 287:160, entre muchos otros).

²⁷ Nucleoeléctrica Argentina S.A. es una sociedad anónima, cuyo paquete accionario lo detenta el 99 el Estado Nacional y el 1 % actualmente de EBISA (que pertenece asimismo al Estado -99% EN (SE) y 1% a NASA), y genera energía de las centrales nucleares.

²⁸ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 9/4/2002, “Nucleoeléctrica Argentina S.A. c/Resol. 128/00 ENRE (6507/99)”. Resuelto con el voto de Uslengui, Jeaneret de Pérez Cortés y Galli y remitiendo a otros precedentes de la Sala III.

ley 19.983 es óbice para que el Poder Judicial revise la legitimidad de una multa”²⁹. Con posterioridad, en el año 2011, la sala IV, en el precedente “ELMA” convocó a un plenario para revisar la referida doctrina, considerando la jurisprudencia contraria de la Corte Suprema en la materia. Sin embargo, la Cámara rechazó la convocatoria sosteniendo que “el mero transcurso del tiempo y el cambio de integración de los miembros de esta Cámara desde que se fijó la doctrina legal citada a la actualidad, en nada modifica su vigencia, como para justificar un nuevo análisis de la cuestión”³⁰.

Así las cosas, entendemos que, por un lado, habrá que considerar minuciosamente el carácter exclusivamente estatal de estas

29 C. Nac. Cont. Adm. Fed., en Pleno, 17/6/1987, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Gobierno nacional -A. N. A.”, La Ley 1988-A, 264, Cita Online: AR/JUR/715/1987. Votaron por la afirmativa, los doctores González Arzac, Hutchinson, Mari Arriaga, Miguens, Muñoz y Pico; y por la negativa, los doctores Barletta, Damarco, Esteves, Galli, Mordeglia y Pinzón; desempatao el doctor Pico en ejercicio de la facultad emergente del art. 299 del Cód. Procesal y votando por la afirmativa. Entre los argumentos de la mayoría se adujo que las decisiones judiciales dictadas en conflictos interadministrativos quedarían sujetas a que los órganos de la Administración, a los que compete la ejecución de lo resuelto, quienes podrían revisarlas u omitirlas al tiempo de resolver su ejecución. Asimismo, se adujo que no se trataba de un litigio en que se discuta un derecho de un particular administrado, sino de una contienda que en sus alcances no va a tener nunca una repercusión que escape al patrimonio del Estado, el que se vería afectado por una contingencia ajena al mismo, tal el de soportar las costas de un juicio, por otro lado, evitable, de sostenerse que el conflicto es judicial. La minoría entendió que la imposición de multas implica el ejercicio de facultades punitivas del Estado y por ende no puede quedar librada del control judicial. La legitimidad de la imposición de una multa no puede asimilarse a un conflicto interadministrativo.

30 C. Nac. Cont. Adm. Fed., en Pleno, 9/2/2011, “Empresa Líneas Marítimas Argentinas S.A. c. M° S y AS - Resol. 262/98 s/proceso de conocimiento”, La Ley 1/9/2011, Cita Online AR/JUR/43819/2011. El caso versaba sobre una multa impuesta en 1998 por las autoridades del Ministerio de Salud y Acción Social a la Empresa Líneas Marítimas Argentinas, comprendida en el Anexo I de la ley 23.696, disuelta y declarada en estado de liquidación por la resolución del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. En tales condiciones se sostuvo que, al mismo tiempo, el Estado Nacional viene a ser el titular de la deuda y del crédito eventualmente resultantes de la multa impuesta por el Ministerio a la empresa en liquidación, por lo que no se advierte que en la especie exista una causa o controversia entre partes adversas, susceptible de ser dirimida por el Poder Judicial de la Nación.

empresas para determinar si resulta procedente el procedimiento especial de resolución de conflictos pecuniarios en virtud del sujeto involucrado. Y, por otro lado, en el supuesto de que se requiera la aplicación de este procedimiento ante la imposición de una multa, la legitimidad de la misma deberá ser dirimida en el Poder Judicial, donde rige el derecho de defensa en juicio y demás garantías procesales de los litigantes, sin perjuicio de la forma en que en su caso se ejecute la sentencia. En tal sentido, creemos necesario unificar los criterios jurisprudenciales en el fuero federal a fin de no generar un dispendio de recursos, al imponer la necesidad a los operadores de transitar la jurisdicción administrativa y judicial.

No obstante lo cual, cabe advertir que la aplicación de este procedimiento especial de resolución de conflictos a prestatarias estatales de servicios públicos que operan en competencia, aun para el supuesto de ejecución de la sanción, podría generar distorsiones en el mercado, otorgando ventajas competitivas a las empresas públicas respecto de las privadas, a quienes la imposición de multas no les produciría perjuicios pecuniarios.

Finalmente, en estos casos, entendemos que las multas no cumplirían con su función regulatoria conforme se verá a continuación, quitando uno de los principales efectos a este tipo de sanciones.

3.2. La función regulatoria de las multas pecuniarias. Efecto en las prestatarias estatales

Tradicionalmente en los sistemas tarifarios de *price cap* o de precio máximo ³¹, cuyos principios fueron mayoritariamente adoptados

31 En forma sencilla, cabe afirmar que de acuerdo a este sistema tarifario, surgido como reacción al sistema costo-plus o de tasa de retorno, el regulador establece un precio máximo que podrá percibir la empresa como retribución, debiendo mantener los costos del servicio por debajo del máximo para obtener ganancias. De este modo, el regulador se desentiende de la tasa de beneficio que obtiene el prestatario y, en plazos preestablecidos, efectúa una revisión de las tarifas para transferir a los usuarios mejoras en la eficiencia. En este sistema se otorga libertad en la gestión al prestatario, sin que en principio interfiera el regulador en los costos del servicio. Sin embargo, requiere de un control más afinado de la calidad del servicio, porque la prestataria podría reducir sus costos a expensas de una menor calidad. El sistema de control usualmente se encuentra asociado a este sistema tarifario es el control *ex post* o de resultados, esto es, el que se ejerce respecto de la calidad del servicio brindado

con la privatización de los servicios públicos, las multas -en especial aquellas relativas a la calidad del servicio- constituyen el costo de oportunidad en que incurren las prestatarias si sus erogaciones en mantenimiento e inversiones no permiten prestar el servicio dentro de los parámetros de calidad determinados. Así, frente al incumplimiento de los niveles de calidad establecidos, la prestataria debe afrontar el pago de la penalidad. Del mismo modo la tarifa debe permitir realizar las inversiones necesarias para asegurar una adecuada prestación. Por ello, el diseño de la tarifa se complementa con una definición precisa de la relación que debe existir entre la calidad el servicio y el nivel tarifario. En tal sentido, la falla del servicio se encuentra vinculada con el nivel de calidad y, por lo tanto, con el nivel tarifario determinado³².

En otras palabras, las empresas evalúan y deciden entre los costos y beneficios de invertir en el mantenimiento del servicio o pagar las multas preestablecidas. En el marco regulatorio de la electricidad se prevé expresamente que el objetivo de la aplicación de sanciones económicas es orientar las inversiones de la distribuidora hacia el beneficio de los usuarios, en el sentido de mejorar la calidad en la prestación del servicio público de electricidad³³. En el caso de

(conf. LAHERA, Eugenio-BARRIONUEVO, Arthur (Dir.), *¿Qué hay de nuevo en las regulaciones? Telecomunicaciones, electricidad y agua en América Latina*, Eudeba y Centro Latinoamericano de la Administración para el Desarrollo, Buenos Aires, 1998; BIANCHI, Alberto, "La tarifa en los servicios públicos (Del *rate of return* al *price cap*)", en AAVV, *Contratos Administrativos*, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 503/521; SACRISTÁN, Estela, "Naturaleza jurídica de los sistemas tarifarios", en AAVV, *Servicio Público, Policía y Fomento...*, cit., ps. 795/844, entre otros autores. Resulta gráfico asimismo el precedente de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 9/12/2002, "Central Térmica Güemes S.A".

32 Ver el desarrollo de estos conceptos que realiza en forma precisa, CAMPOLIETI, Federico, en *El costo de falla del servicio público*, El Derecho Administrativo, 2005-627, como así también su trabajo sobre los sistemas tarifarios en "Los sistemas de retribución de la prestación de los servicios públicos", en LÓPEZ OLVERA, Miguel A. (coord.), *Estudios en Homenaje a Don JORGE FERNÁNDEZ RUIZ*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005 (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1626/8.pdf>).

33 "El objetivo de la aplicación de sanciones económicas es orientar las inversiones de La Distribuidora hacia el beneficio de los usuarios, en el sentido

la energía eléctrica, los usuarios afectados son sus destinatarios, y las penalizaciones aplicadas a las empresas actúan como compensación, adecuando el costo (tarifa) que pagan los usuarios a la calidad realmente suministrada por las distribuidoras. No obstante lo cual, se prevén otras sanciones, y/o sanciones complementarias, cuyo destinatario es el ENRE/Estado. Por otro lado, la magnitud de las sanciones podría producir la revocación o caducidad de la concesión.

En este marco, resulta relevante preguntarse si en el ámbito del Estado regulador-Estado prestatario, las multas pecuniarias cumplen con la función de constituir un estímulo económico para el cumplimiento de las obligaciones estipuladas y, en última instancia, si constituyen un instrumento adecuado para regular la calidad del servicio. Ello, por cuanto es indudable que una multa pecuniaria es importante -atendiendo a su envergadura- para una empresa privada cuyo objetivo es obtener una mayor rentabilidad, pero se desdibuja al tratarse de una empresa cuya finalidad principal es la satisfacción de un interés público y su patrimonio pertenece al Estado. ¿Resulta relevante para estas prestatarias la aplicación de multas? ¿Cómo impactan en el presupuesto de la empresa? ¿Son susceptibles de producir modificaciones en la política empresarial? ¿Constituyen una intervención regulatoria eficiente para asegurar la calidad del servicio público?

Este aspecto, ha sido considerado en los regímenes sancionatorios dictados específicamente para los prestatarios públicos, previéndose diferentes sanciones y efectos en caso de imposición de multas.

de mejorar la calidad en la prestación del servicio público de electricidad. (...) Las multas a establecer serán en base al perjuicio que le ocasiona al usuario la contravención, y al precio promedio de venta de la energía al usuario (Las multas dispuestas, además de ajustarse al tipo y gravedad de la falta, tendrán en cuenta los antecedentes generales de La Distribuidora y, en particular, la reincidencia en faltas similares a las penalizadas, con especial énfasis cuando ellas afecten a la misma zona o grupo de usuarios. (...) Las multas individuales deberán guardar relación con el monto de la facturación promedio mensual del usuario. El pago de la penalidad no relevará a La Distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios. El valor acumulado anual de las multas no deberá superar el 20% (veinte por ciento) de la facturación anual. Si ello ocurriera, será considerado como violación grave de los términos del Contrato de Concesión, y autorizará al ENTE, si éste lo considera conveniente, a la caducidad del Contrato de Concesión” (conf. Artículo 5.2, Subanexo IV del Contrato de Concesión-distribuidoras de electricidad).

4. Sistemas sancionatorios especiales para prestatarias estatales

A continuación, se analizarán dos regímenes sancionatorios específicos para prestatarias estatales. Uno de ellos, destinado a una concesionaria que realiza actividades en condición monopólica -AYSA- y, el otro relativo a concesionarias que se desempeñan en un marco de competencia, Ferrocarriles Argentinos S.E. (“FASE”) y sus empresas controladas.

4.1. *Provisión de agua potable y desagües cloacales en el área Metropolitana*

La ley 26.221³⁴ declaró como servicio público la provisión de agua potable y la colección de desagües cloacales³⁵ y aprobó el marco regulatorio del servicio público³⁶. Asimismo, dicha norma aprobó el Convenio suscripto entre la Ciudad de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional con fecha 12.10.2007 para la prestación, regulación y fiscalización del servicio público. El servicio público consiste básicamente en la captación y potabilización de agua cruda, transporte, distribución y comercialización de agua potable; la colección, transporte, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose también aquellos efluentes industriales que el régimen vigente permita se viertan al sistema cloacal y su fiscalización³⁷.

34 Ley N° 26.221: BO del 2/3/2007. Art. 1°.

35 Se destaca que, en el año 2010, la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”, Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución N° 64/292 en su 108ª sesión plenaria del 28/7/2010, sobre “El derecho humano al agua y el saneamiento”, A/Res/64/292, 3 de agosto de 2010, 1 parte.

36 Dictado mediante Decreto N° 304, 21/03/2006, art. 1°, ratificado por Ley N° 26.100.

37 El ámbito de aplicación del servicio comprende al territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el territorio de los partidos de la Provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Esteban Echeverría, Ezeiza, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Morón, Quilmes, San Fernando, San

El Ente Regulador de Agua y Saneamiento (“ERAS”), fue creado en el ámbito del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y su finalidad es el “control y la regulación de la prestación de los servicios de agua potable y desagües”³⁸. El Estado Nacional es la autoridad de aplicación quien, actuando a través de los organismos competentes, tiene a su cargo principalmente la aprobación de los planes de acción, presupuesto y el dictado de las normas aclaratorias y complementarias necesarias para cumplir con el Marco Regulatorio³⁹.

La prestataria del servicio es AYSA, creada bajo el régimen LSC, cuyo capital accionario como se refirió ha sido asignado en un noventa (90%) al Estado Nacional y el (10%) diez por ciento restante a los ex trabajadores de Obras Sanitarias de la Nación adheridos al Programa de Propiedad Privada Participada⁴⁰.

En el año 2010 se suscribió el “Instrumento de Vinculación” entre el Estado Nacional y AYSA, que reglamenta las relaciones entre la prestataria, el Concedente, los organismos involucrados en el es-

Isidro, General San Martín, Tres de Febrero, Tigre y Vicente López, respecto a los servicios de agua potable y desagües cloacales; Hurlingham e Ituzaingó respecto del servicio de agua potable; y los servicios de recepción de efluentes cloacales en bloque de los partidos de Berazategui y Florencio Varela, conforme lo establecido en el Decreto N° 304/06: BO del 22/3/2006 y su modificatorio ratificados por la Ley N° 26.100: BO del 7/6/2006.

38 El ERAS tiene a su cargo “el control y regulación de la prestación del servicio y de los aspectos contables de la concesión y la atención de reclamos de usuarios. A tal fin podrá emitir las normas necesarias para reglamentar las condiciones de prestación que se establezcan en el Marco Regulatorio y Contrato de Concesión respectivos, así como la regulación de las relaciones entre la empresa prestadora y los usuarios, estableciendo los procedimientos y requisitos que aseguren a éstos la atención e información necesaria para ejercer sus derechos con la mayor amplitud (conf. art. 3º, Anexo II, Ley 26.261: BO del 5/6/2007). Asimismo, se constituyó a la Agencia de Planificación, como entidad autárquica, con capacidad de Derecho Público y Privado, con funciones de evaluación, estudio, planificación, proyecto, ejecución y control de las inversiones destinadas a la prestación de los servicios de agua y saneamiento a cargo de AYSA.

39 Artículo 20 del Marco Regulatorio.

40 Conf. Decreto 304/2006: BO del 22/3/2006, ratificado por Ley N° 26.100: BO del 7/6/2006.

quema regulatorio y los usuarios reales y potenciales ⁴¹.

El Régimen sancionatorio correspondiente a Incumplimientos, responsabilidad y sanciones se encuentra previsto en el Marco Regulatorio y establece la posibilidad de aplicar sanciones tanto a la empresa concesionaria como a los integrantes del Directorio (Capítulo XII).

En el caso de la concesionaria, las sanciones se aplican por actos que afecten la prestación del servicio y podrán consistir en obligaciones de cumplimentar, rehacer o deshacer la construcción o acción que determine la Autoridad de Aplicación, incluyendo resarcimiento de los perjuicios que haya ocasionado. En el supuesto de los directores o autoridades de la concesionaria, las sanciones se aplican por actos que afecten a los usuarios, a terceros, a bienes de la empresa o impliquen el incumplimiento culpable de planes y metas comprometidas y, de acuerdo a la gravedad, pueden consistir en apercibimiento, suspensión del investigado y remoción, resultando competentes para su dictado el Ente Regulador, la Autoridad de Aplicación y Poder Ejecutivo Nacional, respectivamente (art. 105).

En el Marco Regulatorio asimismo se establecen los principios básicos que deben regir para la instancia de investigación o sumario, como ser la garantía de defensa en juicio, amplitud probatoria y la celeridad del proceso, y se remite a la reglamentación que dicte la Autoridad de Aplicación (art. 106).

El “Procedimiento de aplicación de sanciones al concesionario AYSA y sus integrantes” (en adelante, el “Reglamento Sancionatorio”), fue aprobado recién en el año 2013, mediante Disposición de la Subsecretaría de Recursos Hídricos N° 22/2013, a pesar de que el

41 El artículo 18 del Marco Regulatorio prevé que los servicios a cargo de la Concesionaria son otorgados en Concesión por el Poder Ejecutivo Nacional (arts. 18 y 19). El Instrumento de Vinculación fue aprobado por Resolución MINPLAN N° 170/2010: BO del 25/2/2010. Cabe advertir que conforme lo previsto en el Decreto N° 763/07: BO del 22/6/2007, reglamentario de la Ley N° 26.221: BO del 2/3/2007, el Modelo de Contrato de Concesión debía ser aprobado por la autoridad de aplicación, a los 30 días de entrada en vigencia de dicha norma. Tal como ha indicado la Auditoría General de la Nación, dicha demora no permitió dar cumplimiento en tiempo y forma a distintas obligaciones contempladas en el MR como por ejemplo la contratación de auditores técnicos y contables estipulada en el art. 102, quienes, entre otras funciones, debían certificar los informes anuales presentados (conf. Informe de Auditoría, Actuación AGN N° 212/09, Auditoría General de la Nación, 2011, p. 34).

ERAS elevó la propuesta en el año 2007 ⁴². Conforme ha sido resaltado por la Auditoría General de la Nación (“AGN”) en su informe sobre la prestación del servicio del año 2011, hasta su dictado no fue posible iniciar actuaciones por posibles incumplimientos o infracciones a la normativa vigente por parte de la prestadora del servicio ⁴³.

El Reglamento Sancionatorio regula en forma detallada las distintas etapas que debe recorrer una investigación por supuestos incumplimientos en la prestación del servicio que en todos los casos tramita ante el ERAS, independientemente de quién resulte competente para aplicar las sanciones. La investigación puede ser iniciada de oficio por el ERAS o ante una denuncia y es el Directorio quien resuelve la apertura de un sumario o el archivo de las actuaciones (art. 8). En el procedimiento se establecen asimismo los plazos para la intervención de cada área involucrada y si bien parecerían querer acotarse con su fijación, no se advierte que los mismos sean breves ni perentorios toda vez que, de resultar insuficientes los plazos otorgados, el organismo deberá justificar el tiempo mayor incurrido ⁴⁴. Se destaca por otro lado, que la intervención prevista para el Defensor del Usuario en estos procedimientos ⁴⁵ recién pudo ser

42 Conf. Nota ERAS N° 270 de fecha 27/8/2007, en cumplimiento de lo previsto en el Decreto N° 763/2007: BO del 22/6/2007, que establecía el plazo de 60 días desde su integración para que el ERAS eleve a la Autoridad de Aplicación la propuesta de reglamentación del procedimiento sancionatorio estipulado en el art. 106 del Marco Regulatorio (*Informe Actuación AGN N° 212/09...*, cit., p. 35).

43 Asimismo, resalta la AGN que “Si bien no resulta de competencia de la empresa la legislación y aprobación del procedimiento sancionatorio, la ausencia de un régimen de penalidades ante incumplimientos, tales como la calidad del servicio, pone de relieve la importancia de las normas complementarias para regular de manera eficiente las relaciones que se establecen entre el Ente y la Prestataria” (*Informe Actuación AGN N° 212/09...*, p. 35).

44 De acuerdo a los plazos previstos en la normativa, para los procedimientos en los que interviene una sola área, el tiempo mínimo que insumiría el sumario hasta la resolución del Directorio sería de 155 días hábiles. Ello, contrasta con los tiempos acotados previstos en los procedimientos aplicables en materia de defensa del consumidor.

45 El MR establece que “El Ente Regulador contará con un Defensor del Usuario, cuya misión será representar institucionalmente los intereses de los usuarios en las audiencias públicas, así como en las cuestiones contenciosas

implementada a partir del año 2017, luego de la designación de este funcionario ⁴⁶.

A su vez, dicho Reglamento Sancionatorio distingue, al igual que el Marco Regulatorio, las sanciones a aplicar a la concesionaria (Capítulo 2) y a sus integrantes (Capítulo 3). Con respecto a la concesionaria reglamenta las sanciones de apercibimiento y multa, especificando las conductas típicas, muchas de ellas en forma genérica o poco precisa ⁴⁷, y otorgando amplias facultades discrecionales al ERAS para dejar sin efecto el procedimiento sancionatorio iniciado, establecer la graduación de la pena y, avanzando sobre la definición de las sanciones, tipificar nuevos hechos. Así establece el “Caso no previsto”, mediante el cual se autoriza al ERAS a aplicar sanciones respecto de hechos que no se encuentren previamente tipificados, vulnerando claramente el principio de legalidad y tipicidad mediante normas reglamentarias ⁴⁸.

o procedimientos administrativos en los que el Ente Regulador sea parte y los derechos de los usuarios pudieran estar afectados por esta decisión. (...) El Defensor del Usuario será seleccionado por concurso público entre los profesionales con la debida formación, competencia y antecedentes en el caso. No podrá ser removido en su cargo salvo por las causales que rigen para los Directores. Su remuneración será equivalente al nivel gerencial del Ente” (art. 54, III).

46 Así lo establecía la Cláusula Transitoria, prevista en el artículo 20, de la Disposición N° 22/2013. La actual Defensora del Usuario fue designada luego de la sustanciación del concurso previsto en el artículo por el artículo 54, apartado III, del Marco Regulatorio, por Resolución ERAS N° 59 de fecha 26/12/16 (B.O. 30/12/16).

47 Entre ellas, cabe citar: Cualquier incumplimiento de lo establecido en el Reglamento del Usuario (art. 22.5.2.a) 6.); Incumplimiento de la debida colaboración con el ERAS y con la A.PLA (art. 22.5.2.a)7. A su vez, con relación a la discrecionalidad se destaca la potestad del ERAS de reducir los importes de las multas fijadas hasta en un setenta y cinco por ciento, según las circunstancias del caso (art. 22.1.6.) y “de acuerdo a las circunstancias que evalúe” el Ente y en los casos en que la infracción hubiera cesado al momento de hacer su descargo la Concesionaria y la misma no hubiese generado un perjuicio evidente en los usuarios involucrados, podrá dejar sin efecto el procedimiento sancionatorio que hubiese iniciado (art. 22.1.7).

48 “Caso no previsto: Son los casos en que se entiende corresponde la apertura del proceso sancionatorio, aun cuando los hechos no encuadren en los supuestos de los artículos 22.5.2 y 22.5.5. En ese caso, el ERAS podrá sancionar

La reglamentación específica el tratamiento que se otorgará a las multas correspondientes a la concesionaria AYSA. Éstas se contabilizarán en un Fondo Anual de Multas, cuyo destino será decidido por la Autoridad de Aplicación. Anualmente el monto total de multas efectivamente abonadas por AYSA, que no correspondan a multas por incumplimiento de los Planes de Mejoras Operación Expansión y Mantenimiento de los Servicios (PMOEM) -ya que éstas serán destinadas a mejorar aspectos del servicio que presta la concesionaria- será descontado de los aportes presupuestarios previstos para AYSA para el año siguiente. A su vez las multas serán consideradas al momento de la evaluación del desempeño de los integrantes de la concesionaria.

De este modo el destino de las multas es determinado por la Autoridad de Aplicación y, en caso de quedar remanente que no pueda ser aplicado al PMOEM, el importe vuelve al Tesoro Nacional, al disminuirse el presupuesto correspondiente a AYSA. Sin embargo, habrá que analizar cómo impacta esta disminución del presupuesto en la prestación del servicio, ya que la concesionaria tendría menos recursos para afrontar los costos inherentes a la concesión. Con lo cual pareciera que las sanciones aplicadas en lugar de procurar producir una mejora en el servicio, ocasionaría una prestación más deficiente al disminuir los recursos con los que cuenta la empresa.

De la base de datos del ERAS en la que se detallan las resoluciones del Directorio del organismo, surge la aplicación de cuatro multas a Aguas Argentinas S.A (“AASA”), siendo la última de ellas del año 2010 ⁴⁹. Por otro lado, no obran constancias de que el Directorio haya dispuesto la aplicación de multas a AYSA ni la apertura de procedimientos sancionatorios.

Con relación a los integrantes de la concesionaria el Reglamento Sancionatorio no incorpora pautas para la determinación ni aplica-

con alguna de las multas allí previstas y conforme a los efectos de su graduación, a las pautas del artículo 22.3. Salvo causa excepcional, será requisito previo para la aplicación de la sanción que se haya intimado a la Concesionaria en forma previa para el cumplimiento de la obligación y/o a subsanar los efectos de la infracción, indicándose la estipulación o normativa infringida y la sanción a aplicar en caso de subsistir el incumplimiento o no repararse los efectos del mismo en el plazo que fije al efecto el Ente Regulador del Agua y Saneamiento (ERAS)” (art. 22.5.4).

49 Ver <http://www.eras.gov.ar/institucional/resoluciones/>.

ción de las sanciones, sino que prevé una extensión de la responsabilidad para los integrantes del Directorio o Gerentes de la Concesionaria, del mismo modo que la determinada para los directores de las sociedades anónimas en la LSC. Así establece la responsabilidad de los Directores y Gerentes de la Concesionaria de forma ilimitada y solidaria hacia la Concesionaria, los accionistas y terceros, por el mal desempeño de su cargo, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades y culpa grave, extendiendo a su vez esta responsabilidad a otros integrantes de la Empresa que cumplan funciones directivas, gerenciales o de conducción ⁵⁰.

A su vez se prevé el dictado de un régimen sancionatorio para todo el personal de la empresa ⁵¹. En este contexto se establece una evaluación anual del cumplimiento de estos objetivos en forma conjunta entre el ERAS y la A.PLA., jugando un rol importante las multas que pudieron haberse impuesto a la concesionaria (conf. art. 31) ⁵².

En definitiva, la supuesta “imposibilidad” de aplicar sanciones hasta el año 2013 por la falta de reglamentación del procedimiento sancionatorio y las escasas sanciones aplicadas, evidenciarían que no resulta relevante este instrumento para controlar la prestación del servicio ni para orientar la conducta del concesionario en beneficio de los usuarios y el servicio público comprometido.

4.2. Servicio público de transporte ferroviario de pasajeros y cargas

El marco regulatorio del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros y carga, se encuentra conformado por normas disper-

50 Arts. 26 y 28 del Reglamento Sancionatorio.

51 En particular se prevé que los directivos y empleados deben asegurar, promover, controlar y hacer cumplir los objetivos de los servicios y su prestación en condiciones de eficiencia, en beneficio de los usuarios presentes y futuros mediante la implementación de prácticas regulatorias, técnicas gerenciales y mecanismos que aseguren la transparencia y el control adecuados (conf. art. 30 y 31).

52 Cabe señalar que la Concesionaria impugnó el Reglamento Sancionatorio, alegando deficiencias formales y de fondo, conforme ha sido señalado por la AGN en el informe antes citado.

sas entre las que se destaca la ley N° 2873 ⁵³, que regula el Régimen de Ferrocarriles nacionales y privados y los requisitos para la apertura del servicio público. Asimismo, resultan importantes las reglamentaciones dictadas para la privatización del servicio, los decretos N° 666/89 y 1143/91. En forma más reciente, se reorganizó el sistema mediante las leyes N° 26.352 ⁵⁴, de Actividad Ferroviaria, y N° 27.132 ⁵⁵, que declara de interés público nacional la reactivación de ferrocarriles de pasajeros y carga y la incorporación de tecnologías y servicios coadyuven a la modernización y eficiencia del transporte público ferroviario. Entre los principios de Política Ferroviaria, se consagran la administración de Infraestructura ferroviaria por parte del Estado, la participación pública-privada en la prestación y operación del servicio de transporte; la incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión y la promoción de condiciones de libre accesibilidad a la red nacional ferroviaria de cargas y de pasajeros, basada en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación ⁵⁶. El Concedente y Autoridad de aplicación de los contratos de concesión es el Estado Nacional a través del Ministerio de Interior y Transporte.

El Ente regulador es la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (“CNRT”), creada por decretos N° 660/96 ⁵⁷ y 1388/96 ⁵⁸,

53 Ley dictada con fecha 8/11/1891 y publicada en R.N.1891- Tomo II, p. 543.

54 BO del 27/3/2008.

55 BO del 21/5/2015.

56 Asimismo, se establece la modalidad de “Acceso abierto a la Red Ferroviaria Nacional” para la operación de servicios de transporte de carga y pasajeros. Esta modalidad permitirá que: “cualquier operador pueda transportar la carga con origen y destino en cualquier punto de la red, independientemente de quien detente la titularidad o tenencia de las instalaciones del punto de carga o destino”.

57 BO del 27/6/1996. La CNRT fue creada a partir de la fusión de la Comisión Nacional de Transporte Automotor (CONTA), creada por el Decreto N° 104/93: BO del 4/2/1993 y sus modificatorias, y la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario creada por el Decreto N° 1836/93: BO del 7/9/1993 y sus modificatorios (art. 40).

58 BO del 10/12/1996.

como un organismo descentralizado en la Secretaría de Obras y Servicios Públicos del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Tiene como función la fiscalización y control del transporte automotor y el transporte ferroviario de pasajeros y de carga de jurisdicción nacional. Posee competencia en particular para aplicar las sanciones previstas en las distintas normas legales relacionadas con el transporte y las penalidades fijadas en la normativa vigente y en los contratos de concesión y, a su vez, se le asignan potestades materialmente reglamentarias y jurisdiccionales⁵⁹. La estructura y organización de la CNRT, fue adecuada en el año 2015, disponiéndose a su vez el cese de la intervención del órgano de gobierno dispuesta en el año 2001⁶⁰. Su dirección se encuentra a cargo ahora de un Director Ejecutivo, con rango de Subsecretario, asistido por un Subdirector ejecutivo, que es designado, y en su caso removido, por el Poder Ejecutivo Nacional. Los únicos requisitos previstos para el cargo son: antecedentes técnicos y profesionales relevantes en la materia.

Entre los prestatarios públicos se encuentran la sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (“SOFSE”)⁶¹ y la empresa Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima (“BCLSA”)⁶². Di-

59 Las competencias sancionatorias surgen de los arts. 6, inc. d y 10 del Decreto 1661/2015. Entre las competencias reglamentarias, se prevé la propuesta de normas reglamentarias sobre aspectos técnicos, operativos, de seguridad (art. 5, inc. e) y entre las materialmente jurisdiccionales, la resolución de conflictos en materias de su competencia entre la ADIF, OFSE o FASE, y las empresas concesionarias del servicio de transporte ferroviario (art. 8, inc. j).

60 Mediante Decreto 110/2015: BO del 6/2/2015.

61 Creada mediante la Ley N° 26.352: BO del 27/3/2008.

62 Creada por DNU 566/2013: BO del 22/05/2013, la que tendrá por objeto la prestación y explotación comercial del servicio, la operación y logística de trenes, por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros, la atención de estaciones, el mantenimiento del material rodante, equipos, terminales de carga, servicios de telecomunicaciones, el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes, estas dos últimas funciones en caso de que les sean asignadas por la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado, pudiendo asimismo realizar todas las demás actividades complementarias y subsidiarias de la red nacional ferroviaria de cargas, y estará integrada por la Administración de Infraestructuras Ferroviarias SE, la Sociedad Operadora Ferroviaria SE y por la Administración General de Puertos SE.

chas empresas son controladas por Ferrocarriles Argentinos SE (“FASE”), a quien se le transfirió la totalidad del capital social correspondiente al Estado Nacional, conjuntamente con el capital social estatal de SOFSE en BCLSA, y el correspondiente a las sociedades Nuevo Central Argentino Sociedad Anónima, Ferroexpreso Pampeano Sociedad Anónima y Ferrosur Roca Sociedad Anónima ⁶³.

Las competencias de control y fiscalización del Ente regulador fueron adecuadas en forma reciente, entre otras cuestiones, para contemplar la fiscalización y el control de los operadores estatales del servicio que, hoy día, son la mayoría ⁶⁴. Así se distinguieron las potestades de la CNRT respecto de operadores privados y públicos. Para operadores o concesionarios ferroviarios privados las sanciones previstas son: los llamados de atención, apercibimiento y multas y operan ante el incumplimiento de las disposiciones relativas a la seguridad o calidad, facultades de fiscalización y control. Para operadores ferroviarios estatales se previeron los llamados de atención y apercibimiento. Todo ello de conformidad con el procedimiento sancionatorio que asegure el debido proceso a los administrados ⁶⁵.

Con posterioridad se aprobó el Régimen de Fiscalización y Control de Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado y sus sociedades controladas (“Régimen de Fiscalización”) ⁶⁶. Su objeto es la reglamentación del ejercicio de las facultades de fiscalización y control de la CNRT, respecto de la infraestructura ferroviaria y la operación por parte de sociedades estatales o con participación estatal mayoritaria ante la detección de deficiencias e irregularidades respecto de cuestiones vinculadas a la seguridad, a la calidad del servicio, al mantenimiento del sistema y de la administración de la infraestructura, como así también, ante el incumplimiento de directivas emanadas de dicho órgano de control.

63 Ley 27.132: BO del 21/5/2015. Artículos 6 y 13.

64 Mediante Decreto N° 1661/2015: BO del 12/8/2015. En la actualidad OFSE opera en forma directa las líneas de transporte de pasajeros Sarmiento, Mitre, General San Martín, General Roca y Belgrano Sur.

65 Decreto N° 1661, Anexo I, art. 10, d y e.

66 Resolución Ministerio de Interior y Transporte N° 2210/2015: BO del 13/10/2015.

El procedimiento sancionatorio establecido prevé su inicio a través de controles de oficio o denuncias. Para la imputación de una infracción se requiere labrar un acta de infracción, luego la instancia de descargo y, previo informe, el dictado de un acto que disponga el archivo de las actuaciones o una sanción ⁶⁷.

Con relación a las faltas o incumplimientos que pueden dar origen a las sanciones, la reglamentación no realiza un detalle más específico de las conductas tipificadas sino que en forma genérica se refiere a las “deficiencias”, “irregularidades comprobadas”, “incumplimiento de directivas emitidas”, “falta de respuesta a requerimientos de información”, “obstrucción a la realización de inspecciones”, e “incumplimiento de las intimaciones y/o directivas en materia de seguridad y calidad”. Esta circunstancia entendemos resulta deficiente a los fines del control y de una adecuada tutela del derecho de defensa de las prestatarias, posibilitando asimismo un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa interviniente.

La sanción prevista ante la verificación de la producción de estas conductas tipificadas es el llamado de atención, estableciéndose su aplicación en forma gradual atento la gravedad de la falta. Si la circunstancia que motivó la sanción se reiterase o mantuviese, se aplicará un segundo llamado de atención y, si ella persistiere, se impondrá un apercibimiento. El apercibimiento también puede ser impuesto de manera directa cuando se trate de un hecho que presente “extrema gravedad”.

El apercibimiento, máxima pena contemplada, trae aparejado la comunicación de las circunstancias que le dieron motivo a la autoridad de aplicación y a FASE. A su vez, atendiendo a su gravedad, la CNRT podrá poner en conocimiento de las actuaciones labradas, las sanciones impuestas y el desempeño de las inspecciones a la au-

67 Con relación al informe para el caso de archivo, se aclara que se trata de un informe técnico, y en el supuesto de la aplicación de una sanción se refiere únicamente al informe, que deberá contener entre otras cuestiones las disposiciones legales aplicables y la sanción que se sugiere aplicar. En tal sentido, resulta claro que se trata del dictamen jurídico previo previsto en la LPA -normativa que resulta asimismo aplicable al ámbito de la CNRT-, por lo que resulta llamativo que no se lo mencione de esa forma. Por otro lado, este informe también constituye un elemento esencial del acto administrativo que resuelve el cierre del procedimiento y archivo de las actuaciones por inexistencia de la falta o infracción imputada, por lo cual el informe técnico a que hace referencia la norma pareciera sumarse a este requisito.

toridad de aplicación y a FASE, debiendo asimismo elevarles esta información en un informe anual que debe elaborar, con avances semestrales.

El Régimen establece a su vez los criterios mínimos de fiscalización y control puntualizando los aspectos sobre los que deben recaer las inspecciones. Entre ellos, se destacan los trenes cancelados o suspendidos, la impuntualidad del servicio programado, la disminución de las formaciones operadas, falta de limpieza en estaciones, deficiente atención al público ⁶⁸. La Gerencia de Control Técnico Ferroviario de la CNRT instrumentó un Programa de Inspecciones para el año 2017, a partir de controles muestrales, con el fin de obtener un resultado representativo de la realidad imperante en cada empresa ferroviaria del país ⁶⁹. Este Programa de Inspecciones es de aplicación tanto a las prestatarias privadas como públicas y los resultados de los muestreos, son puestos en conocimiento de las empresas responsables de los servicios ferroviarios, con el fin de que sean corregidas las falencias detectadas, con indicación de las cuestiones prioritarias a tratar y, de corresponder, siguen el camino de la aplicación de las sanciones previstas en cada caso.

En el caso del transporte en ferrocarril la actividad de fiscalización y control ejercida por parte de la CNRT ha dado lugar a la aplicación de sanciones tanto a operadores privados como estatales, en este último caso en particular respecto de SOFSE. Con relación a los operadores estatales, las penalidades comenzaron a aplicarse en el año 2016, luego de la sanción del sistema de fiscalización específico de dichas operadoras. Las penalidades impuestas a operadores estatales han sido apercibimientos y llamados de atención, respecto de imputaciones que darían lugar a multas pecuniarias para operado-

68 Ver al Anexo II, del Régimen de Fiscalización.

69 Aprobado por Resolución C.N.R.T. N° 1413/2016: BO del 30/12/2016. En la norma se especifica, asimismo, que el Programa de Inspecciones constituye, junto con los Planes de Mantenimiento requeridos por Resolución CNRT 1770/2008: BO 29/9/2008, los Indicadores de Control, y los Datos de Calidad de Servicio que requiera la Gerencia de Control de Gestión Ferroviaria, un insumo directo permite inferir el Grado de Cumplimiento de las obligaciones técnicas y operativas asumidas por las Empresas Ferroviarias (conf. Considerandos del Programa de Inspecciones).

res privados⁷⁰. Dichas sanciones fueron comparativamente menores a las aplicadas a operadores privados, teniendo un porcentaje mayor de pasajeros y de kilómetros de recorrido⁷¹. Por otro lado, se ha verificado un cuestionamiento por parte de los operadores públicos a la aplicación de sanciones por parte de la CNRT, controvirtiendo, entre otros temas, la legalidad del Decreto N° 1161/2015 y la Resolución N° 2210/15. Sin perjuicio de los argumentos jurídicos que es posible esgrimir a los fines de recurrir las sanciones y el efecto que ello produce en el marco de los procedimientos sancionatorios, lo cierto es que el cuestionamiento por parte de una sociedad del estado del régimen específico de contralor establecido y de la competencia del ente de control estatal para aplicar sanciones a operadores estatales, además de generar confusión en los roles de cada organismo, dificulta y debilita el real ejercicio del control y en última instancia la tutela de los usuarios de acuerdo a la manda constitucional⁷².

5. A modo de conclusión

De los aspectos analizados, con relación a los regímenes sancionatorios generales -aplicados a prestatarias privadas y estatales que operan en competencia- surge que si bien las prestatarias estatales fueron instituidas para funcionar como sociedades anónimas,

70 Entre ellas, la Disposición N° 329, del 2.03.2018, donde la CNRT aplica un llamado de atención a SOFSE por disminución del indicador de limpieza de estaciones y seguridad en ciertas estaciones de la Línea Roca, que fuera objeto de recurso de alzada ante el Ministerio de Transporte; y la Disposición N° 2019-98-APN-CNRT#MTR, del 12.02.2019, donde se aplica un apercibimiento por falta de agua en coches, suciedad en coches y baños en el servicio Mar del Plata-Constitución; entre otras.

71 BERTRANOU, Julián, “El control de empresas estatales en la encrucijada. La Comisión Nacional de Regulación del Transporte y las nuevas sociedades ferroviarias en Argentina, DAAPGHE, 34, 7-43 (2020). Es ilustrativa la tabla comparativa elaborada por el autor sobre las sanciones aplicadas a SOFSE y las concesionarias privadas remanente entre los años 2016-2019 (p. 28),

72 Estas contradicciones entre organismos y empresas estatales en materia ferroviaria, respecto asimismo de las facultades de fiscalización y control, es analizada por BERTRANOU, Julián en “(Des)organización estatal y política pública en Argentina. Desarrollo conceptual y análisis del transporte ferroviario”, Revista POSTData, Vol. 24, 1, abril, 2019.

a la hora de aplicar sanciones se verifican situaciones ajenas a este tipo societario. En particular, con respecto a la revisión de la legitimidad de la aplicación de las multas pecuniarias toda vez que, a pesar de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, en numerosos casos ésta queda librada a la decisión del Procurador del Tesoro de la Nación o del Poder Ejecutivo Nacional. Asimismo, esta última autoridad es quien, a través de los órganos pertinentes, designa a los integrantes del ente regulador y a los directores de las prestatarias. Al respecto, entendemos que la revisión judicial de las multas debiera encontrarse asegurada, pues resulta un elemento relevante para el control de la calidad del servicio verificar si se ha producido el incumplimiento sancionado.

Con relación a la eficacia regulatoria de las sanciones, consideramos que uno de los ámbitos en los que debería resolverse la cuestión es en el seno de la gobernanza de las empresas estatales, fortaleciendo la aplicación de las directrices internacionales en la materia a fin de coadyuvar al adecuado manejo societario y evitar la distorsión de la competencia. En tal sentido, las sanciones debieran impactar en la economía y dirección de estas empresas y repercutir en la calidad del servicio.

Sin embargo, no es posible soslayar que los regímenes sancionatorios basados en los sistemas de estímulos económicos han fracasado respecto de prestatarios privados cuando el sector público no cuenta con el poder y la decisión para hacer efectivas las multas, o cuando sus importes no son lo suficientemente elevados con relación a la infracción sancionada⁷³, por lo que no es esperable un resultado mejor con respecto a los prestatarios públicos.

Este aspecto, si bien ha sido contemplado entre las particularidades que presentan los regímenes sancionatorios especiales al instituir sanciones diferentes a las pecuniarias, entendemos que aún

73 SARCIAT, Diego, "Crisis energética y oportunidad de cambio. Propuesta desde la óptica jurídica", Res Pública Argentina, RPA, 2007-2, ps. 32 y ss. El autor analiza con profundidad aspectos teóricos y sus efectos en la práctica ejercida sobre el control de la prestación del servicio público de energía eléctrica en el marco de la crisis del año 2002 y, entre otros aspectos, formula atinadas recomendaciones para su mejora. Entre ellas, señala como sanciones más eficientes las que sujetan aumentos tarifarios a la realización de obras o cumplimiento de metas, y la inclusión como agravante de las sanciones la reiteración contumaz de incumplimientos en materias sensibles como el deber de información o la calidad.

no se encuentra resuelto satisfactoriamente. Ello, toda vez que las sanciones implementadas -llamados de atención y apercibimiento- poseen consecuencias menos tangibles que las multas pecuniarias y no parecieran aptas para direccionar el comportamiento de las empresas públicas. En especial, toda vez que su imposición no trae aparejados efectos objetivos sobre la prestación del servicio⁷⁴. Con lo cual, es recomendable evaluar alternativas para que la sanción repercuta en una mejora del servicio encomendado.

En el caso de Ferrocarriles directamente no se prevén sanciones pecuniarias y la pena más grave es el apercibimiento para la Concesionaria estatal. Esta pena importa la notificación a la autoridad de Aplicación, quien no posee una competencia reglada para actuar ante estos casos, y a la empresa controlante, FASE, que podría adoptar decisiones con relación a la gestión de su controlada. Sin embargo, la aplicación y ejecución de las sanciones permanece, en este caso, en la órbita del Ministerio de Transporte, quien asimismo designa a las autoridades del ente de control y a los directores de las prestatarias. Por otro lado, no se han previsto sanciones para las autoridades de la Concesionaria, a diferencia de lo que ocurre con AYSA, aunque no se haya verificado la aplicación de sanciones para éstas.

En otro orden de ideas, entendemos que la distinción de régimen sancionatorio para operadores privados y estatales, en mercados en competencia genera desigualdades, ofreciendo ventajas competitivas a las empresas públicas sobre las cuales no repercuten las sanciones impuestas. Ello ha sido advertido, en particular, con relación al nuevo sistema de acceso abierto implementado para la utilización de las redes y la utilización del material rodante. La reglamentación ha previsto que se defina un plan de transición para la empresa BCLSA a fin de garantizar que no se generen asimetrías en las condiciones de competitividad con los restantes operadores⁷⁵. En

74 Ello, a diferencia de lo que ocurre con las multas, cuyo impacto es ponderado con otras variables de la concesionaria, como su facturación, y puede producir la caducidad de la concesión, tal como se refirió precedentemente.

75 Conf. art. 3º del Decreto N° 1027/2018: BO del 8/11/2018. Asimismo, se establece que la implementación de la modalidad de acceso abierto en toda la red ferroviaria tendrá lugar al día siguiente al vencimiento del último Contrato de Concesión, sin perjuicio de la facultad del Ministerio de Transporte de dar inicio en forma anticipada a la modalidad de acceso abierto en los sistemas y

este sentido se deberán compatibilizar los regímenes sancionatorios vigentes para evitar una distorsión en la competencia.

En el contexto descripto entendemos que resulta necesario revisar los regímenes sancionatorios vigentes y dotarlos de dispositivos institucionales y herramientas más eficientes para asegurar, más allá del control de legalidad debido, la obtención del resultado pretendido, esto es, asegurar el cumplimiento de los estándares de la calidad del servicio público prestado por empresas estatales.

Sin embargo, ello resultará inocuo si no se confiere a los entes reguladores las elementales garantías de independencia y participación que exige la Constitución Nacional, a fin de que se mantengan alejados de la contienda política partidaria y focalicen su desempeño en la adecuada prestación del servicio, el cumplimiento de las políticas públicas fijadas en la normativa y, fundamentalmente, la protección del usuario. En el caso de prestatarias públicas, resulta prioritario asimismo asegurar los mecanismos que diferencien las funciones de regulación y control, de la prestación del servicio que, como ha sido sostenido, constituye una derivación del art. 42 de la CN y un punto de no retorno en la trayectoria de la regulación ⁷⁶. Podría pensarse en un sistema con frenos y contrapesos de los distintos poderes del Estado, donde ciertas definiciones -como la composición de las autoridades del Ente y las empresas públicas prestatarias- sean adoptadas en forma conjunta con el Poder Legislativo, previo concurso de idoneidad, tal como ocurre en algunos modelos del Derecho Comparado, contando a su vez con la debida integración federal de los organismos.

En este sentido GORDILLO, quien consagró la máxima: “El que concede no debe controlar”, en forma más reciente se ha pregun-

subsistemas que se encuentren en condiciones, luego de efectuadas las condiciones previstas (conf. art. 4º).

⁷⁶ De este sentido lo expresaba CICERO, puntualizando la imposibilidad de retornar a prácticas superadas en material de regulación donde el mismo estado prestaba los servicios públicos a través de empresas de capitales estatales, sin marcos regulatorios, en ejercicio de su titularidad que se vio superada por los derechos consagrados a los usuarios en la CN y la exigencia del control de los monopolios (conf. CICERO, Nidia K., *Servicios Públicos...*, cit., p. 111.)

tado si: “El que concede ¿debe prestar?”⁷⁷, manteniéndose expectante sobre la forma en que se lleve a cabo este nuevo modelo de prestación de servicio, el modo en que se ejerza el control público de la gestión, para asegurar defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. De acuerdo a los aspectos analizados, el diseño y ejercicio de los sistemas sancionatorios previstos para el control de las prestatarias estatales, presentan una serie de desafíos a considerar.

Finalmente, percibimos que la adecuación de los sistemas sancionatorios se inserta en un marco más amplio de revisión del sistema de control, junto con las herramientas y mecanismos de control que utilizan los entes reguladores, su calidad y condiciones de su ejercicio. Compartimos la visión de quienes sostienen que, por la magnitud de los intereses en juego en materia de servicios públicos, el control debe estructurarse como un sistema integrado por diferentes actores y organismos complementarios, a quienes se les garantice la publicidad e información sobre el servicio prestado⁷⁸. La atomización del control público entendemos que resulta imprescindible en el caso de prestatarios estatales, a fin de contrarrestar los intereses político-gubernamentales a los que previsiblemente se encuentre sometida la prestación, colocando en el centro del sistema a los individuos, como titulares del derecho al goce de los servicios públicos y, alrededor de ellos, a los diferentes actores e instrumentos susceptibles de tutelarlos.

⁷⁷ “La experiencia de gestión indicará el acierto o desacierto de lo que parece ser un vuelco al viejo rumbo de los ’90. Restará ver cómo se compadecen estos nuevos regímenes con los viejos marcos regulatorios subsistentes, cómo se asegura el control público sobre la gestión 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” (conf. GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas...*, cit., t. I, Cap. XV-5).

⁷⁸ Entre ellos, destacamos el aporte de SARCIAT, Diego, realizado en *Crisis energética...*, cit., p. 36. Así sostiene que “queda en cabeza de los entes de control el rol esencial de recabar información, controlar y sancionar. Pero se le agrega la obligación ineludible de dotar a los otros integrantes (asociaciones de usuarios, defensores del pueblo, Poder Judicial, etc.) de toda la información necesaria para poder llevar adelante su gestión. (...) La pluralidad de integrantes del sistema de control incrementa la posibilidad de que éste sea efectivo”.