

LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS ENTES REGULADORES¹

Alberto B. Bianchi²

RESUMEN: A partir de los fenómenos que han enfocado al Derecho Administrativo argentino en las últimas décadas hacia el tratamiento del fenómeno regulatorio, surge un punto de encuentro con el tradicional Derecho Administrativo: la potestad reglamentaria de los entes reguladores.

Describe el autor los orígenes de estos organismos y sus funciones principales, las que conforman una trinidad: legislativas, administrativas y jurisdiccionales.

Centra su análisis en la fuente hispana de esta potestad reglamentaria, pero que aquí es ejercida por organismos de raigambre norteamericana, por lo que describe los diversos tipos de "rules" en el orden federal estadounidense.

Concluye, en fin, señalando que la potestad reglamentaria de estas entidades reguladoras es sólo una parte de la potestad reglamentaria de la administración general, existiendo una relación de género a especie, razón que explicaría que en Argentina esta herramienta no sea la principal fuente del Derecho Administrativo, sino que el acto administrativo, cuestión que hace necesario dotar de un procedimiento de emisión de reglamentos que posea los mismos principios que el procedimiento administrativo.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que me toca abordar en esta oportunidad presenta varias novedades para el Derecho Administrativo. Antes de entrar en materia, sin embargo, quisiera hacer unas reflexiones iniciales.

En primer lugar, me parece oportuno referirme al equilibrio que entiendo debe haber entre lo clásico y lo nuevo en el Derecho Administrativo. En la Argentina, hace quince años, se produjo una formidable revolución en muchos aspectos, que impactó fuertemente en lo jurídico y en particular en el Derecho Administrativo. El fenómeno de la privatización de los servi-

cios públicos permitió que recobrará interés la llamada regulación económica, que había quedado sumida en el olvido luego de muchas décadas de intervencionismo estatal en la economía. Esto produjo algunos encandilamientos en quienes creyeron que la regulación económica se convertiría en el único contenido trascendente del Derecho Administrativo. Y no es así. Si circunscribiéramos el Derecho Administrativo a la regulación económica, o peor aún a algunos aspectos de la regulación sectorial, caeríamos en el error de los primeros comentaristas del Código Civil sancionado por Napoleón que decían: "No conozco el Derecho Civil, sólo enseño el Código Napoleón". De igual modo, los que sólo

1 Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Santiago de Chile, 2005.

2 Doctor en Derecho, profesor de derecho administrativo y constitucional profundizado en el máster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral Argentina y de Derecho Procesal Constitucional en el máster de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Argentina.

quieran interesarse en el régimen jurídico de las telecomunicaciones, del agua, del gas, de la energía eléctrica o incluso de la regulación en general, caerán en la misma estrechez intelectual que los viejos juristas franceses deslumbrados por la legislación napoleónica.

Y no caben dudas de que la potestad reglamentaria de los entes reguladores es un buen punto de encuentro entre el Derecho Administrativo tradicional y el Derecho Administrativo surgido en la década pasada a impulsos de los estudios sobre regulación económica. En primer lugar los reglamentos de la administración pública son la fuente principal del Derecho Administrativo. Nuestra disciplina se nutre de muchas fuentes: la Constitución, la ley, los actos administrativos, pero tiene una fuente específica, propia, de carácter normativo, que son los reglamentos. Y además, los entes reguladores tienen un sentido específico en la medida en que regulan, por eso se los llama entes reguladores. Regular es esencialmente dictar normas que establezcan reglas para el funcionamiento de una determinada industria o actividad que se encuentra bajo la vigilancia de un ente regulador. Como tal, creo que la potestad reglamentaria de los entes es un buen punto de encuentro de estas dos facetas del Derecho Administrativo que lejos de ser opuestas constituyen una unión necesaria.

Dicho esto, veamos qué es un ente regulador. Una equivocación histórica en la que se puede incurrir, es creer que los entes reguladores nacieron con la Reforma del Estado, cuando en realidad aquellos surgieron en nuestro país en la década de 1930. Pensemos simplemente en el Banco Central ¿qué ente regulador más típico que el Banco Central? Tiene todas las características necesarias para ser un ente regulador. Sin embargo, cuando hablamos de entes reguladores nos referimos generalmente al ENER GAS o el ENRE que son el fruto de la experiencia reguladora de la década de

1990. Creo en consecuencia que la noción de ente regulador debe ser más abarcativa que aquella que se limita solamente a los que controlan a las empresas prestadoras de servicios públicos. Se sigue de ello, que cuando nos referimos a la potestad reglamentaria de los entes reguladores, la noción comprende a todos los tradicionales y los que surgieron de la Reforma del Estado ocurrida en 1990.

La segunda cuestión que me parece importante señalar –porque esto ha generado una discusión doctrinaria importante– es su fuente creativa. Hay prestigiosos autores que sostienen que el ente regulador sólo puede ser creado por ley, pues ello constituye una de las condiciones esenciales es su independencia. Parecería –según este criterio– que un ente regulador creado por decreto no es, o no puede ser independiente. Esta afirmación, no obstante su importancia, tiende a desvanecerse si en un ente formalmente creado por ley, el Poder Ejecutivo luego designa a los miembros de su directorio, los remueve, fija todas sus condiciones de su funcionamiento y ejerce control de sus actos por vía de alzada. Bajo estos supuestos, dicho ente se encontrará en las mismas condiciones de independencia que el que ha sido creado por decreto. Me parece, entonces, que no sólo debe atenderse a la forma de la creación, sino también la sustancia de las facultades del ente regulador.

En síntesis, los entes reguladores pueden ser creados por decreto porque cuando el artículo 42, que es una de las fuentes constitucionales de los entes reguladores habla de “legislación”. La palabra “legislación” no solamente está apuntando a leyes del Congreso. Sería muy largo explicar esto en el curso de una conferencia y por lo demás ya lo he escrito con anterioridad adonde me remito³. Digo tan sólo que la palabra “legislación” es a mi juicio mucho más abarcativa de lo que son las leyes del Congreso,

pudiendo abarcar la legislación administrativa, los poderes reglamentarios del Poder Ejecutivo. Ahora bien, ¿cuáles son entonces las diferencias entre un ente regulador creado por ley y un ente regulador creado por decreto? Evidentemente la marca genética que otorga la creación por una norma o por otra, hace que el ente tenga más facultades o menos, pero no hace que sea necesariamente inconstitucional.

Para terminar esta introducción, me resta decir que el ente regulador desde el punto de vista de sus competencias, se comporta como un *microcosmos* jurídico, es como un estado dentro del Estado, en la medida en que puede ejercer las tres facultades típicas, bien que en el marco de la actividad comercial regulada. Es decir, el ente en primer lugar legisla –lo que constituye el tema de mi charla en este momento– también administra, y finalmente tiene facultades para resolver casos emitiendo pronunciamientos jurisdiccionales.

Una rápida lectura de las normas atributivas de competencia en cada caso nos permite comprobar esta verdad.

Todas ellas poseen una estructura muy similar. Comienzan con una enunciación general de las funciones del ente y finalizan con lo que podríamos denominar una atribución residual o de competencias implícitas. Así, por ejemplo, el ENARGAS tiene como cometido general “(h)acer cumplir la Ley N° 24.076, su reglamen-

tación y disposiciones complementarias, en el ámbito de su competencia, controlando la prestación de los servicios, a los fines de asegurar el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los términos de la habilitación”⁴, disposición que se repite casi textualmente en el ENRE⁵. El OCRABA debe “cumplir y hacer cumplir el marco regulatorio y los contratos de concesión de la red de accesos a la Ciudad de Buenos Aires y sus normas complementarias realizando un eficaz control y verificación de las concesiones y de los servicios que se presten a los usuarios”⁶ y el ETOSS “tiene como finalidad ejercer el poder de policía y de regulación y control en materia de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el área regulada, incluyendo la contaminación hídrica en lo que se refiere al control y fiscalización del Concesionario como agente contaminante, de conformidad con lo establecido en este marco regulatorio. En tal sentido tendrá a su cargo asegurar la calidad de los servicios, la protección de los intereses de la comunidad, el control, fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes, y del contrato de concesión”⁷, disposiciones éstas que se repiten con gran similitud en los marcos regulatorios de las comunicaciones⁸ y de los servicios de aeropuertos⁹.

Asimismo, puede comprobarse que todos poseen una cláusula de competencia residual, que bien puede ser ejemplificada con la

4 Ley N° 24.076, art. 52.a.

5 Ley N° 24.065, art. 56.a.

6 Decreto N° 1994/93, art. 16.a.

7 Decreto N° 999/92, art. 17, primera parte.

8 Es función de la CNC: aplicar, interpretar y hacer cumplir las leyes, decretos y demás normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones. Administrar el espectro radioeléctrico excluyendo el de radiodifusión, realizar la gestión de órbitas de los satélites y disponer las medidas relativas a la provisión de servicios satelitales en el país y autorizar el uso e instalación de los medios y sistemas satelitales para telecomunicaciones. Ejercer las atribuciones de autoridad de aplicación de la Ley Nacional de Telecomunicaciones y sus normas reglamentarias, así como las funciones que el anexo I del Decreto N° 62/90 y sus modificatorios, y las licencias que se otorguen atribuyan a la autoridad regulatoria, expidiendo los reglamentos y actos pertinentes (Decreto N° 1.185/90, art. 6).

9 El ORSNA debe: hacer cumplir el Decreto N° 375/90 y sus disposiciones complementarias en el ámbito de su competencia, supervisando el cumplimiento de las obligaciones y prestación de los servicios por parte del concesionario (Decreto N° 375/97, art. 17.14).

del ENARGAS, según la cual le corresponde: “(e)n general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación”¹⁰. Esta disposición se repite también con gran parecido en otros marcos regulatorios¹¹. No obstante ello algunos pronunciamientos tienden a no extender innecesariamente la competencia de los entes¹².

II. EL ORIGEN DE NUESTROS ENTES REGULADORES FRENTE AL ORIGEN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA ARGENTINA

Una cuestión que no está exenta de importancia, a mi criterio, es tener en claro cuáles son las fuentes o el origen de la potestad reglamentaria en la Argentina y cuál es la fuente de los entes reguladores. Bien es sabido que la potestad reglamentaria en la Argentina no es exactamente la Constitución de los Estados Unidos, sino que en este terreno abrevamos en fuentes españolas, mientras que la concepción sobre los entes reguladores, sí ha sido tomada de fuentes norteamericanas¹³. Se sigue de ello, paradójicamente, que la teoría sobre la potestad reglamen-

taria de los entes reguladores en la Argentina estará tomada de fuentes hispanas, pero será aplicada a entes de cuño norteamericano.

Seguidamente, y como demostración de lo que dejo dicho, haré una síntesis de la facultad reglamentaria en los Estados Unidos y luego señalaré las fuentes de la potestad reglamentaria en la Argentina.

a. Los reglamentos en la Administración norteamericana

En los Estados Unidos existen –en el orden federal– tres clases de *rules*: (a) *substantive rules*, también llamados *legislative rules*; (b) *interpretative rules* y *procedural rules*¹⁴.

Las *substantive rules* son las más importantes de todas y coinciden en parte con nuestros reglamentos delegados. Proceden siempre de una delegación legislativa y son en el ámbito de la Administración y dentro de los límites de la delegación y de la competencia de quien las emite, el equivalente de las leyes. Ello significa que pueden afectar derechos e imponer obligaciones. Son sancionadas por medio de un procedimiento formal establecido en la Ley de Procedimientos Administrativos (*Administrative Procedures Act*, APA)¹⁵, según el cual

10 Ley Nº 24.076, art. 52.x.

11 ENRE, Ley Nº 24.065, art. 56.s; ORSNA, Decreto Nº 375/97, art. 1736; ETOS, Decreto Nº 999/92, art. 17.u.; OCRABA, Decreto Nº 1994/93, art. 16.y.

12 Así por ejemplo en “Gasnor S.A. con Municipalidad de S.M. de Tucumán”, CCAF, Sala III, 14.5.96, fue decidido que el Enargas carece de competencia para decidir acerca de la concurrencia de los poderes tributarios municipales con aquél, ya que esta potestad no surge ni expresa ni implícitamente del art. 52 de la Ley Nº 24.076.

13 La doctrina nacional en general está de acuerdo en que hemos seguido el modelo de las comisiones reguladoras independientes propias del sistema norteamericano. Así: CASSAGNE, Juan Carlos: “Los nuevos entes regulatorios”, Revista de Derecho Administrativo, Nº 14, Buenos Aires, 1993, p. 486; COMADIRA, Julio R.: “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOS)”, E.D. 162-1134, esp. Cap. 2. BARRA, Rodolfo C.: “Entes reguladores: Cuanto menos limitem, mejor”, Diario Clarín, 24.11.98; GORDILLO, Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo”, 5ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, T. 1, Cap. XV, p. 13. También la jurisprudencia ha reconocido la paternidad norteamericana de los nuevos entes reguladores: CCAF, Sala II, “Metrogas con ENARGAS”, 9.11.94, L.L. 1995-B, 108.

14 La división expuesta es la comúnmente aceptada por los autores. Davis-Pierce que también se basan en ella reconocen, no obstante, la existencia de otro tipo de reglas llegando a enumerar doce clases: DAVIS, Kenneth C. and PIERCE, Richard J., “Administrative Law Treatise”, 3a ed., Little Brown and Company, Boston, 1994, vol. III, p. 108. En adelante: Davis-Pierce, Treatise.

15 5 USC § 553(b).

antes de emitir el reglamento se debe publicar el proyecto en el *Federal Register*¹⁶ y se debe dar oportunidad a los interesados a que emitan su opinión (*notice and comment*). En algunas ocasiones, incluso, se requiere de una audiencia pública formal, según lo establecido también en la APA¹⁷.

Las *interpretative rules*, por el contrario, no tienen fuerza legal ni proceden de una delegación, por ende no pueden crear derechos ni imponer obligaciones. Son emitidas por la Administración como medio de interpretar el sentido de una ley pero esa interpretación no es obligatoria ni los tribunales deben imponerla. De allí que cumplen una función esencialmente consultiva. Su emisión está exenta de las formalidades que preceden al dictado de las *substantive rules*, aun cuando deben ser publicadas en el *Federal Register*.

No obstante las diferencias apuntadas, que son significativas, entre las *substantive rules* y las *interpretative rules*, existe un punto en común: ambas en la práctica interpretan el sentido y alcance de una ley¹⁸. Cuando el Congreso delega en la Administración la facultad de reglamentar una ley no caben dudas de que aquella “dice lo que el Congreso quiso decir”, es decir, está interpretando el sentido y alcances de una norma. La diferencia es que en este caso lo está haciendo por expresa disposición

del legislador y con fuerza de ley, lo que exige un procedimiento de emisión determinado. Ello, además, tal como veremos en el punto siguiente, es relevante desde el punto de vista de la deferencia.

En tercer lugar están los reglamentos procesales (*procedural rules*). Su diferencia con las *substantive rules* además de la materia que abordan en sí –procesal y de fondo– es que si bien pueden derivar de una delegación legislativa expresa¹⁹, se ha reconocido desde siempre que los órganos o entes de la Administración tienen facultades inherentes para dictar sus propias reglas de procedimiento²⁰. Asimismo, su emisión está exenta del *notice and comment*, es decir, de la publicación previa del proyecto y de la participación de los interesados antes de su sanción.

No deben confundirse estas *rules*, que puede emitir cualquier órgano o ente de la Administración, con las llamadas órdenes ejecutivas (*executive orders*) y las proclamaciones (*proclamations*) que son dos tipos de reglamentos típicos y exclusivos del Presidente, nacidos de poderes delegados por el Congreso o bien inherentes a la función ejecutiva. De tal modo podrían asemejarse a nuestros decretos. Las *proclamations* consisten en anuncios de ciertas políticas efectuados en ceremonias oficiales, pero tienen poder reglamentario²¹ y se publi-

16 En la Argentina, la legislación –tanto la que sanciona el Congreso como la que produce la Administración– se publica en el Boletín Oficial, como medio de darla a conocer y obtener así vigencia. En los Estados Unidos esta función se cumple a través de cuatro publicaciones oficiales diferentes: dos para las leyes y dos para la legislación administrativa. Las leyes se publican cronológicamente desde 1846 en los *United States Statutes at Large*, y luego son reordenadas por materias en el *United States Code* que data de 1926. Los reglamentos, por su lado, se publican cronológicamente en el *Federal Register* y luego son reordenados por agencia y por materia en el *Code of Federal Regulations*. Para mayor información, véase: COHEN, MORRIS L., BERRING, ROBERT C. and OLSON, KENT C., “How to Find the Law”, 9th ed. West Publishing Co., 1989.

17 5 USC §§ 556 y 557.

18 DAVIS-PIERCE, Treatise, cit., Vol. I, p. 234.

19 Goldsmith v. Board of Tax Appeals, 270 U.S. 117 (1926).

20 United States v. Bailey, 34 U.S. 238, 255 (1835).

21 En Lapeyre v. United States, 84 U.S. 191 (1872), dispuso que las proclamaciones son fuente del derecho y constituyen instrumentos del derecho federal una vez que han sido depositadas en la oficina del Secretario de Estado.

can en el *Federal Register*. Su empleo data de 1846. Las *executive orders* son típicos decretos ejecutivos que si bien carecen de fundamento constitucional expreso, podría encontrárselo en la llamada *take care clause* del Artículo II²². No obstante muchas de ellas se han comportado como decretos autónomos, nacidos de la exclusiva autoridad presidencial. Recién en 1907 comenzaron a ser numeradas²³, pese a que desde George Washington habían sido empleadas por todos los presidentes. Su uso, no obstante, es limitado y el Presidente que ostenta el récord en la sanción de órdenes ejecutivas es F.D. Roosevelt, quien a lo largo de sus cuatro mandatos emitió 3.522²⁴. Algunas de ellas son famosas, así por ejemplo la N° 9066 de febrero de 1942, por medio de la cual F.D. Roosevelt ordenó la internación de ciudadanos norteamericanos de origen japonés en campos de concentración. No lo es menos –al menos en el mundo del derecho constitucional– la N° 10340

emitida por Harry S. Truman en 1952, ordenando la intervención de las fábricas de acero que estaban en huelga durante la Guerra de Corea²⁵. En el ámbito de la regulación económica es muy conocida la N° 12291, emitida en 1981 por Ronald Reagan disponiendo que todas las agencias administrativas, antes de sancionar una regulación, demostraran que superaba la prueba del costo-beneficio económico. El procedimiento de emisión de una orden ejecutiva tiene varios pasos y controles previos²⁶.

b. Los reglamentos en la Argentina. Diferencias con los reglamentos en los Estados Unidos

En la Argentina hemos desarrollado cuatro tipos de reglamentos cuyo análisis –por ser bien conocidos y estar extensamente explicados en las obras generales del Derecho Administrativo²⁷– excede el marco de este artículo²⁸. Me

22 Según esta cláusula el Presidente debe “cuidar (*take care*) de que las leyes sean debidamente ejecutadas”.

23 A diferencia de nuestros decretos, su número es continuo, es decir no se interrumpe cada año, ni cambia con cada Presidente.

24 Ronald Reagan en sus ocho años solamente dictó 409. Fuente: *Guide to the Presidency*, Congressional Quarterly, Washington D.C., 1989, p. 479.

25 Como bien sabemos esta orden fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. Véase *infra* nota 30.

26 La mayoría se originan en los órganos o entes de la Administración (agencias) y sólo algunas se redactan directamente en las oficinas de la Casa Blanca. Intervienen en este proceso personas especializadas en las distintas áreas y muy raramente son preparadas directamente por el Presidente. Deben estar redactadas según formalidades ya previamente establecidas y una vez finalizado el proyecto es remitido a la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Management and Budget*) para que se lo examine desde el punto de la política general y presupuestaria y luego es enviado al *Attorney General* (Ministro de Justicia) para su examen desde el punto de vista legal. Finalmente, es enviado al *Federal Register* para la corrección de aspectos de estilo. Concluidos estos pasos la “*executive order*” es sometida al Presidente para su firma y luego de ello se la publica en el *Federal Register*. Vid. *Guide to the Presidency*, cit. p. 480.

27 Cito por todas: MARIENHOFF, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, T. I, §63, p. 240, 4ª edición, Buenos Aires, 1990; CASSAGNE: Juan Carlos, “*Derecho Administrativo*”, T. I, pp. 136 y ss, 6ª edición, Buenos Aires, 1998.

28 Ciertamente me refiero solamente a los reglamentos que emanan del Poder Ejecutivo, esto es, los decretos, que constituyen la principal fuente de la actividad reglamentaria de la Administración. No desconozco obviamente que en paralelo existen una gran cantidad de normas administrativas de alcance general que dictan los restantes órganos y entes de la Administración y que podrían ser clasificados en dos grandes grupos: (a) los que proceden de facultades propias del órgano emisor y (b) los que se ejercen por delegación. Esa delegación por lo general es administrativa, esto es, procede del superior jerárquico, pero podría también ser legislativa en caso de que la fuente de la habilitación estuviera en una ley aun cuando luego de la reforma constitucional se sostuviera que el artículo 76 sólo permite delegaciones en el Poder Ejecutivo, lo que no es correcto ya que numerosos entes administrativos ejercen actividades por vía de delegación legislativa. Cito solamente como ejemplo al Banco Central y a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

limitaré entonces a recordar solamente que tenemos: *reglamentos autónomos*, con fundamento constitucional en el artículo 99.1 y que se le reconocen al Presidente como “responsable político de la Administración”²⁹; *reglamentos ejecutivos*, previstos en el artículo 99.2; *reglamentos delegados*, que antes de 1994 surgían implícitos del ex artículo 67.28 y están expresamente reconocidos ahora en el artículo 76; y *reglamentos de necesidad y urgencia*, reconocidos en el artículo 99.3 luego de la reforma constitucional de 1994. De esta clasificación se sigue que en el derecho argentino el reglamento en relación con la ley puede: (a) ser independiente (autónomos); (b) nacer al amparo de ella con el objeto de llenar sus contenidos y ponerla en ejecución (delegados y ejecutivos); o (c) suplantarla ante la imposibilidad de que el Congreso legisle con eficacia en una emergencia (de necesidad y urgencia).

Si comparamos estas cuatro categorías con el sistema norteamericano encontraremos más diferencias que semejanzas. Intentando hacer un paralelo –con todos las inexactitudes que estas comparaciones arrojan– podría decirse que: (a) el Presidente norteamericano –en algunas ocasiones– ejerce facultades reglamentarias autónomas por medio de las *executive orders*; (b) emite reglamentos delegados aun

cuando no hay una previsión constitucional que lo prevea; (c) no tiene facultades como las que surgen del artículo 99.2, pues la llamada *take care clause* a la que me referiré en seguida no genera una función equivalente y (d) en principio no puede emitir decretos de necesidad y urgencia³⁰.

Para comprender cabalmente las diferencias entre la actividad reglamentaria de la Administración norteamericana con la nuestra, debemos partir de un postulado básico. En nuestro país, desde el punto de vista constitucional, el Presidente es el principal órgano de emisión de reglamentos; en los Estados Unidos, por el contrario, esa función corresponde principalmente a los diferentes departamentos y agencias administrativas que dependen del Presidente. Los constituyentes de 1853 en esto siguieron el proyecto de Alberdi, que en su artículo 85.2³¹ copió el artículo 170.1 de la llamada Constitución de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz en marzo de 1812³². Ello dio lugar al viejo artículo 86.2³³ (hoy 99.2), que ha permitido al Presidente argentino poseer facultades propias para reglamentar las leyes, es decir, sin requerir habilitación legislativa previa, según se ha sostenido reiteradamente³⁴. En los Estados Unidos el único paralelo que podemos encontrar con el artículo 99.2,

29 No caben dudas de que la “jefatura” de la administración que ejercía el Presidente antes de la reforma bajo el artículo 86.1 ha cambiado ahora de nombre, pero no de función. El Jefe de Gabinete ejerce la Administración (artículo 100.1), pero la cabeza de la administración sigue siendo el Presidente, quien conserva las facultades de reglamentar las leyes (artículo 99.2).

30 Recordemos que cuando el Presidente Truman durante la Guerra de Corea decidió intervenir por Decreto (Executive Order N° 10340), las fábricas de acero que estaban en huelga, la Corte en *Youngstown Tube & Sheet Co. v. Sawyer* 343 U.S. 579 (1952), declaró la inconstitucionalidad de la decisión por considerarla violatoria de las funciones del Congreso.

31 El proyecto de Constitución de Alberdi decía: Artículo 85 “El Presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones:... 2. Expide los reglamentos e instrucciones que son necesarios para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu por excepciones reglamentarias”.

32 Este artículo decía: “Además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes: Primera: Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes”

33 Antes de la reforma de 1860 era el artículo 83.2.

34 Desde Joaquín V. González en adelante, la doctrina argentina ha reconocido que el Poder Ejecutivo puede emitir reglamentos ejecutivos sin que haya una habilitación legal expresa. GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Cons-

es la llamada *take care clause* inserta en el artículo II³⁵, por medio de la cual el Presidente debe cuidar (*take care*) de que las leyes sean fiel y debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración³⁶. Así, mientras en la Argentina es el Presidente quien directamente ejecuta las leyes, en los Estados Unidos éste cuida de que las leyes sean debidamente ejecutadas³⁷.

De esta primera diferencia nace otra secundaria, pero no menos importante. La función de interpretar y reglamentar las leyes en la Argentina puede hacerse a través de dos clases de reglamentos: ejecutivos y delegados. En los Estados Unidos esta distinción no existe; solamente existen los reglamentos delegados. No obstante ello, y como fuente de permanente confusión entre nosotros, la Corte Suprema desde A.M. Delfino³⁸ en adelante, mezcló unos reglamentos con otros³⁹, sosteniendo que las facultades delegadas por el Congreso (reglamentos delegados) se ejercen dentro de los límites del artículo 86.2 (reglamentos ejecutivos) y además justificó todo ello con citas de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana donde aquel artículo no existe. Dejo de lado aquí la dificultad interpretativa que aca-

rea la coexistencia de estas dos categorías supuestamente diferentes, cuyas similitudes son tan grandes y sus diferencias tan sutiles, que hacen inexplicable y poco aconsejable su mantenimiento. Ya me he ocupado anteriormente de esta problemática⁴⁰ y por ende sólo quiero decir que tenemos dos categorías de reglamentos para cumplir una sola función, consecuentemente, alguna de las dos sobra. Sí me interesa abordar, en cambio, lo que podría llamarse la doctrina de la deferencia nacida bajo el artículo 99.2, esto, es la jurisprudencia de la Corte argentina en relación con los estándares de revisión de los decretos del Poder Ejecutivo, emitidos a partir de una habilitación legal (expresa o implícita), que si bien está referida específicamente a los reglamentos ejecutivos, también es aplicable a los delegados, ya que ambos cumplen similares funciones.

En síntesis, puede decirse que las fuentes constitucionales de la actividad reglamentaria del Presidente y de la Administración en la Argentina, son muy diferentes que las del Presidente norteamericano. No obstante ello, ambos sistemas –como no podía ser de otra manera– comparten un hecho inevitable: alguien debe reglamentar las leyes, y alguien debe

Continuación nota 34

titución Argentina", en Obras Completas, Buenos Aires, 1935, T. III, § 545, p. 471; BIELSA, Rafael, "Derecho Constitucional", 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 667, VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho Administrativo", T. I, p. 272, T.E.A., Buenos Aires, 1949; MARIENHOFF, "Tratado..." ob. cit., T. I, §67.a, p. 248; CASSAGNE, "Derecho Administrativo...", ob. cit. T. I, p. 143.

35 "... he (el Presidente) shall take care that the laws be faithfully executed ...".

36 Se admite incluso que el Presidente bajo esta cláusula podría ejercer el veto de una ley inconstitucional o negarse a ejecutarla. Para una discusión sobre este tema véase: TRIBE, Laurence H., "American Constitutional Law", 3rd ed., Foundation Press, New York, 2000, Vol. I., pp. 725-730.

37 El Presidente norteamericano, a través de una gran cantidad de "executive orders" dictadas especialmente a partir de la presidencia de Richard Nixon, ha desarrollado una intensa tarea de revisión de los reglamentos emanados de las agencias administrativas. Bajo la presidencia de Clinton se dictó la EO N° 12.866, que vino a reemplazar a la N° 12.291 del Presidente Reagan antes mencionada. Véase: LUBBERS, Jeffrey S.: *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 3rd ed., American Bar Association, 1998, pp. 19-33.

38 Fallos 148-430 (1927).

39 Recién se produjo un cambio significativo en Cocchia c. Estado Nacional, Fallos 316-2624 (1993), donde la Corte distinguió entre lo que denominó reglamentos de ejecución sustantiva (reglamentos delegados) y reglamentos de ejecución adjetiva (reglamentos ejecutivos).

40 BIANCHI, Alberto B., "La Delegación Legislativa", Abaco, Buenos Aires, 1990, Cap. III.

verificar luego si esa reglamentación ha sido fiel al texto legal o se ha apartado de él. La primera tarea es administrativa y la segunda es esencialmente judicial⁴¹.

III. NOTAS TÍPICAS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS ENTES REGULADORES

A. PLANTEO

Me referiré ahora al tema específico de esta conferencia señalando, en primer lugar, que los puntos principales del estudio de la potestad reglamentaria de los entes reguladores –sin perjuicio de otros– pueden ser los siguientes: (i) su dimensión constitucional bajo el art. 76; (ii) fuentes y clases de los reglamentos que emiten los entes; (iii) procedimiento de formación de los reglamentos de los entes; (iv) materias específicas sobre las que se regula; (v) universo de destinatarios; (vi) el control judicial en particular: (a) la doctrina de la deferencia y (b) los efectos del control y (vii) la autonomía de la potestad reglamentaria.

B. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL BAJO EL ART. 76

Una primera cuestión a abordar es cómo influye la prohibición de la delegación legislativa establecida en el artículo 76 de la Constitución en las facultades reglamentarias de los entes. La pregunta no es casual, pues siendo muchos de ellos una creación de la ley, parecería a primera vista que no pueden recibir facultades delegadas que a su vez se vuelquen en reglamentos.

El artículo 76 nació como un intento por frenar una delegación legislativa que parecía haber salido de cauce luego de que la Corte Suprema resolviera en 1993 el caso *Cocchia c. Estado Nacional*⁴². Para corregir este aparente desvío, los constituyentes de 1994 establecieron solemnemente “se prohíbe la delegación legislativa”. A renglón seguido se establecieron dos excepciones a la regla general. De ellas, la que aquí interesa es la que hace alusión a las “materias determinadas de administración”.

Dada la vaguedad del concepto empleado por la Constitución existían fuertes dudas acerca del estado en que había quedado la delegación legislativa luego de la reforma, hasta que en 1999 fue sancionada la Ley N° 25.148⁴³, reglamentaria del artículo 76. En el Artículo 2° inc. e) quedó establecido que dentro de las materias determinadas de administración, estaba comprendida la legislación en materia de servicios públicos en lo que compete al Congreso de la Nación. Quiere decir que la delegación que reciben los entes reguladores está comprendida dentro de las materias determinadas de administración del Artículo 76. Está salvado de esta manera el inconveniente constitucional que generaba la posibilidad de delegar en los entes reguladores.

C. FUENTES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y TIPOS DE REGLAMENTOS EMANADOS DE LOS ENTES REGULADORES

Sintéticamente dicho, las fuentes de las facultades reglamentarias de los entes son tres: (i) la Constitución, artículo 42; (ii) la ley creadora del ente, y (iii) el reglamento del Poder Ejecutivo que crea el ente.

41 Digo esencialmente, pues, como vimos, el Presidente norteamericano puede revisar los reglamentos administrativos al igual que también puede hacerlo el Poder Ejecutivo en la Argentina por vía recursiva, según lo previsto en el artículo 73 del reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto 1759/72, t.o. 1991).

42 Fallos 316-2624 (1993).

43 B.O. 24-08-99.

Un problema más complicado es qué clases de reglamentos generan los entes. La doctrina argentina y la jurisprudencia que la ha seguido, ha elaborado cuatro clases de reglamentos, pero todas ellas están en función de la relación entre el reglamento y la ley. Así, si el reglamento pone en ejecución la ley, es un reglamento ejecutivo; si es un reglamento que sustituye a la ley por razones de urgencia, es un reglamento de necesidad y urgencia; si es un reglamento que procede de una delegación legislativa es un reglamento delegado y si no tiene ninguna relación con la ley es un reglamento autónomo.

Ahora, dónde entran estas cuatro categorías en los reglamentos que dictan los entes. Si bien se trata de un terreno completamente entregado a la casuística, como principio pueden establecerse dos grandes grupos: (a) los entes creados por decreto y (b) los entes creados por ley. En el caso de los primeros, si el reglamento procede de una facultad específicamente atribuida por el Congreso, habrá un reglamento delegado. Si por el contrario se tratara de un reglamento propio del ente, estaremos frente a un reglamento autónomo. Los segundos, por su lado, proceden de un reglamento autónomo del Poder Ejecutivo, por ende el dictado de sus reglamentos constituye el ejercicio de una facultad delegada por aquél ¿A qué clase de reglamento nos estamos refiriendo en este caso? La doctrina administrativa argentina no ha desarrollado una clasificación específica para este tipo de reglamentos, que por otra parte son muy comunes no sólo en el ámbito de los entes reguladores sino fuera de ellos. Las cuatro clases de reglamentos existentes están en referencia a una determinada posición del reglamento frente a la ley⁴⁴, pero no en relación con otro reglamento. No obstante, es posible formular una distinción similar a la de los entes creados por ley.

D. PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DE LOS ENTES

En la Argentina, tradicionalmente, no se ha prestado mayor atención a esta cuestión. Así como el proceso de formación del acto administrativo individual sí ha merecido un especial interés, y de hecho está registrado con detalle en la Ley de Procedimientos Administrativos, como medio de protección de los derechos del administrado, no ha ocurrido lo mismo con el proceso de formación del acto de alcance general, que recién cobró relevancia luego de la reforma del Estado en 1994. Allí apareció el requisito de la audiencia pública tomado del derecho norteamericano que constituye una nota típica de los reglamentos emanados de los entes.

Explicaré en consecuencia cómo es el procedimiento de formación de un reglamento en los Estados Unidos, donde, como veremos, la audiencia pública es una parte importante, dejando aclarado, sin embargo, que dicho procedimiento es aplicable no sólo en los entes reguladores, sino en toda clase de agencias administrativas.

En los Estados Unidos el procedimiento de formación de un reglamento (*rulemaking*) puede ser formal o informal. En el primer caso —solamente previsto para algunos supuestos— el procedimiento se desarrolla mediante una audiencia pública formal celebrada ante un juez administrativo; en el segundo caso, que constituye la regla general, la intervención del administrado se prevé a través de una notificación previa de que el reglamento está siendo tratado para asegurar la participación de los interesados por medio de opiniones, etc. Existe asimismo una tercera forma de sancionar un reglamento que es el procedimiento negociado o acordado (*negotiated rulemaking*). Veamos cómo se desarrolla cada uno de estos procedi-

44 Si la reglamenta, es un reglamento *ejecutivo*; si procede de una delegación, es *delegado*; si por razones de necesidad y urgencia se ha atribuido facultades legislativas, es *de necesidad y urgencia*, y si no tiene referencia alguna a la ley, se lo llama *autónomo*.

miento comenzando por el informal que es la regla general⁴⁵.

i. Rulemaking informal

También llamado *notice and comment rulemaking*, está previsto en la APA⁴⁶ a través de cuatro pasos: (a) publicación en el *Federal Register* del proyecto de reglamento⁴⁷; (b) envío de comentarios y objeciones por parte de los interesados⁴⁸; (c) consideración por parte de la Administración de los comentarios recibidos⁴⁹ y (d) sanción del reglamento y publicación con una antelación no menor a treinta días de su vigencia efectiva⁵⁰.

El procedimiento comienza con la publicación del proyecto de reglamento en el *Federal Register*. Está legalmente establecido que dicha publicación debe indicar la oportunidad, el lugar y naturaleza del procedimiento que se llevará a cabo⁵¹, la autoridad que conduce el procedimiento⁵², y los términos generales del proyecto⁵³. Debe indicarse también, aun cuan-

do la ley no lo dice, el término otorgado para someter comentarios al proyecto⁵⁴ y el tipo de reglamento de que se trata. El proyecto debe incluir asimismo –como requisito de publicación– un preámbulo explicativo de los fines que lo inspiran, y la agencia administrativa que lo propone debe publicar también los fundamentos fácticos en que el proyecto se basa⁵⁵. Cuando el proyecto aborda cuestiones técnicas o científicas, se exige asimismo la publicación de los antecedentes y fundamentos que lo inspiran⁵⁶.

El segundo paso consiste en la presentación por parte de los interesados de opiniones por escrito sobre el proyecto de reglamento publicado. La APA no exige que la administración otorgue, además, una audiencia oral a quienes formulen estas presentaciones⁵⁷, e incluso la Corte Suprema ha convalidado reglamentos sancionados mediante procedimientos informales cuando una ley específica exigía la realización de una audiencia⁵⁸. No obstante son numerosas las leyes que exigen la realización

45 Sin perjuicio de los autores norteamericanos que citaré en el curso de esta sección, en español puede consultarse: LAVILLA RUBIRA, Juan José, *“La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América”*, Civitas Madrid, 1991, donde se explican con gran claridad y abundancia de datos estos dos procedimientos.

46 5 USC § 553.

47 5 USC § 553 (b).

48 5 USC § 553 (c).

49 5 USC § 553 (c).

50 5 USC § 553 (d).

51 5 USC § 553 (b)(1).

52 5 USC § 553 (b)(2).

53 5 USC § 553 (b)(3).

54 El término general es de 60 días, pero en casos de gran complejidad puede extenderse hasta 75 y 90 días. Lubbers, *Rulemaking*, cit. pp. 182-183.

55 Así fue dispuesto en el leading case *Portland Cement Association v. Ruckelshaus*, 486 Federal Reporter 2nd Series 375 (D.C. Circuit, 1973), certiorari denegado en 417 U.S. 921 (1974).

56 *Lloyd Noland Hospital and Clinic v. Heckler*, 762 Federal Reporter 2nd Series (11th Circuit, 1985).

57 Dice que el escrito se someterá o se hará “con o sin oportunidad para una presentación oral”, 5 USC § 553(b).

58 Así lo hizo en dos casos en que la *Interstate Commerce Commission* no siguió las directivas de la *Interstate Commerce Act* que exigía una audiencia (*hearing*). Véase: *United States v. Allegheny-Ludlum Steel Corp.*, 406 U.S. 742 (1972) y *United States v. Florida East Coast Railway*, 410 U.S. 224 (1973).

de una audiencia pública⁵⁹ y otros requisitos más exigentes aún⁶⁰ en procedimientos informales⁶¹, pero la Conferencia Administrativa (*Administrative Conference*)⁶² ha recomendado al Congreso no imponer por ley requisitos más exigentes que los establecidos en la APA⁶³. La Corte Suprema por su lado, en el *leading* *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*⁶⁴, desaprobó que los tribunales introdujeran requisitos formales adicionales a los requeridos en la APA, señalando que ello era del resorte de la Administración o del Congreso. En la práctica, cuando la ley prevé la celebración de la audiencia a pedido del interesado, la Administración espera que se formule este pedido y recién entonces fija fecha para su celebración. Por el contrario, cuando se exige la audiencia aun sin pedido del interesado, la fecha se fija al publicar el proyecto de reglamento.

Una cuestión de importancia es la confección del expediente administrativo (*record*) en el cual tramita el procedimiento de sanción del reglamento. Con anterioridad a la sanción de la APA, en 1947, la administración norteamericana usualmente no tramitaba por medio de un expediente el procedimiento de san-

ción de un reglamento⁶⁵. Incluso, la propia Corte Suprema había establecido como presunción, que todo reglamento contaba con soporte fáctico⁶⁶, lo que imponía al impugnante la carga de probar la ausencia de dicho soporte. Por ello la APA no incluyó esta exigencia como requisito del procedimiento. Sin embargo, en la década de los '70 los tribunales comenzaron a abandonar esta presunción. En *Citizens to Preserve Overton Park Inc. v. Volpe*⁶⁷, la Corte Suprema ordenó que un tribunal de primera instancia revisara íntegramente un reglamento sobre la base del expediente administrativo que le daba soporte fáctico y poco más tarde la Cámara Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia fue mucho más allá indicando la necesidad de contar con un expediente⁶⁸. En la actualidad, si bien no existe una imposición legal, la exigencia del expediente administrativo se impone en la práctica con fundamento en tres razones: (i) facilita la participación pública en el procedimiento, al permitir compilar allí las opiniones que el proyecto merece una vez publicado; (ii) constituye la base de la decisión de la agencia administrativa y (iii) colabora eficazmente al momento de la revisión judicial del reglamento.

59 Véase por ejemplo: *Occupational Safety and Health Act*, 29 U.S.C. § 655. (1970); *Consumer Product Safety Act*, 15 U.S.C. §§ 2056, 2058 (1972); *Safe Drinking Water Act*, 42 U.S.C. § 300g-1(d) (1974); *Energy Policy and Conservation Act*, 42 U.S.C. §§ 6295, 6306 (1975); *Clear Water Act*, 42 U.S.C. § 7606 (d) (1977); *Federal Mine Safety and Health Amendment Act*, 30 U.S.C. § 811 (1977); *Endangered Species Act Amendments*, 30 U.S.C. § 2605 (1978).

60 Magnuson-Moss Warranty Federal Trade Commission Improvement Act, 15 U.S.C. § 57 (1975); Securities Acts Amendments 15 U.S.C. § 78 (e) (1975); Toxic Substances Control Act, 15 U.S.C. § 2605 (1976).

61 En realidad se los denomina híbridos, pues no son ni formales ni informales.

62 La "*Administrative Conference of the United States*" (ACUS), es un organismo asesor independiente creado en 1968, para estudiar los procesos administrativos y formular recomendaciones a la Administración y el Congreso tendientes a mejorar la legislación administrativa.

63 Recomendaciones formuladas en 1972 y 1982. Vid. Lubbers, *Rulemaking*, cit. p. 205.

64 435 U.S. 519 (1978).

65 Véase: DAVIS, Kenneth C., "*Administrative Law Treatise*", 2nd edition, K.C. Davis Pub. Co., University of San Diego, 1978, Vol. I, § 6.1. pp. 448.

66 *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176 (1935).

67 401 U.S. 402 (1971).

68 *Home Box Office, Inc. v. Federal Communications Commission*, 567 Federal Reporter 2nd series 240 (D.C. Circuit, 1977). Certiorari denegado en 434 U.S. 829 (1977).

Aun cuando están legalmente definidas⁶⁹, está en debate si las agencias administrativas pueden recibir —y luego tener en cuenta al momento de decidir— opiniones producidas por personas o grupos de interés no incorporadas al expediente y de las cuales tampoco se da traslado a quienes han presentado opiniones sobre el proyecto. Se trata de las llamadas *ex parte* u *off the record communications*. En *Home Box Office, Inc.* ya citado, se dijo que estas comunicaciones debían prohibirse, pero luego el mismo tribunal cambió de opinión y fue más tolerante con ellas⁷⁰. Asimismo, la Conferencia Administrativa aun admitiendo las críticas que generan estas comunicaciones informales, se ha negado a prohibirlas terminantemente, pues considera que la Administración por este medio puede recibir comentarios útiles para el proyecto en trámite⁷¹. En algunos casos, ciertas leyes obligan a incorporar estas comunicaciones al expediente⁷².

Finalizado el período de recepción de las opiniones, el expediente entra a resolver, es decir, queda en estado de que el reglamento sea sancionado. En este punto son varias las cuestiones a ser consideradas. La primera es el plazo en que la decisión debe adoptarse, cuestión en la cual la APA sólo exige que la decisión sea adoptada en un plazo razonable⁷³. Como consecuencia de ello, el plazo lo imponen las leyes en particular o bien las propias

agencias al comenzar el procedimiento. En algunos casos también ha sido fijado judicialmente. En segundo lugar, está legalmente exigida la motivación de los reglamentos. Según establece la APA la Administración “debe incorporar una declaración general de sus bases y propósitos”⁷⁴, criterio que el gobierno federal sugiere también a los estados⁷⁵. Judicialmente no se exige la consideración de todos los hechos que dan origen al reglamento, sino de aquellos que se han considerado relevantes y de las razones de su importancia⁷⁶. En tercer lugar, también establece la APA como regla general, que el reglamento entrará en vigencia a los 30 días de su publicación⁷⁷, a menos que un plazo diferente haya sido fijado. La retroactividad no está prevista por la APA, quien define al reglamento como un acto de “efecto futuro”⁷⁸, pero la Corte ha admitido que el Congreso puede imponer efectos retroactivos si están debidamente justificados⁷⁹.

Por último existen varias exigencias de publicación, cuya inobservancia impide la entrada en vigencia de la norma en cuestión. Menciono sólo algunas. Al igual que la publicación del proyecto, la del reglamento final tiene lugar en el *Federal Register*; como requisito esencial de puesta en vigor. Además del texto del reglamento debe publicarse el nombre de la autoridad que lo emite, y su domicilio; un sumario de su contenido y de las razones de su dictado; fecha

69 5 USC § 551(14).

70 *Sierra Club v. Costle*, 657 Federal Reporter, 2nd series 298 (D.C. Circuit, 1981).

71 Lubbers, *Rulemaking*, cit., p. 230.

72 Así por ejemplo la Federal Trade Act según su reforma de 1980, 15 USC § 57(a)(j).

73 5 USC § 555(b).

74 5 USC § 553(c).

75 En la Ley Modelo de Procedimiento Administrativo Estatal de 1961, se impone también una obligación similar, § 3(a)(2).

76 *Automotive Parts & Accesories Association v. Boyd*, 407 Federal reporter 2nd series 330 (D.C. Circuit, 1968).

77 5 USC § 553(d).

78 5 USC § 551(4).

79 *Bowen v. Georgetown University Hospital*, 488 U.S. 204 (1988).

de entrada en vigencia, fecha de las audiencias que se hayan realizado; nombres de los funcionarios que pueden ser contactados para consultas; las diferencias existentes entre el proyecto original y el reglamento finalmente adoptado, etc., todo lo cual permite al público tener una idea acabada no sólo del texto, sino también de la vida institucional de la norma sancionada.

ii. Rulemaking formal

El procedimiento formal, llamado también *on the record*, se emplea cuando una ley expresamente lo exige⁸⁰. En este caso el procedimiento de sanción del reglamento se asimila casi por completo al del dictado de un acto administrativo individual o de una sentencia judicial. La exigencia de registrar el procedimiento en un expediente administrativo aquí está impuesta por la APA⁸¹ y la agencia administrativa se comporta procedimentalmente como un tribunal, donde incluso puede presidir las actuaciones un juez administrativo⁸². El procedimiento se lleva a cabo en una audiencia pública, existe aporte formal de pruebas, citación de personas, interrogatorios y repreguntas (*cross examination*) a los testigos. Están expresamente prohibidas las *off the record communications*⁸³, permitidas –como vimos– en el procedimiento informal. Todas las decisiones, sean las interlocutorias o la final, deben estar motivadas⁸⁴.

iii. Negotiated rulemaking

Dentro de su reconocida capacidad práctica para encontrar soluciones, los norteamericanos han creado el llamado *negotiated rulemaking*, que como dice Davis-Pierce es el equivalente de la transacción en los procesos judiciales⁸⁵. El “Reg-Neg” como se lo denomina informalmente, constituye un intento por eliminar la impugnación judicial de los reglamentos y consiste en que la agencia administrativa ante un planteo de los afectados por la norma una vez que el proyecto ha sido publicado, acuerdan con éstos el texto final. Este procedimiento ha recibido aprobación judicial⁸⁶ y legislativa⁸⁷.

Así es que el origen norteamericano de nuestros nuevos entes reguladores ha llevado a incorporar a su procedimiento la llamada audiencia pública como elemento de protección de los derechos de los usuarios y demás administrados, existiendo un debate doctrinario acerca del rango constitucional que posee la exigencia de llamar a audiencia como requisito del debido proceso. Gordillo la considera parte del derecho al debido proceso y le otorga rango constitucional⁸⁸, en tanto que Cassagne le resta toda importancia sosteniendo: “en ninguna parte del artículo 42 de la Constitución Nacional se menciona ni siquiera en forma implícita, el derecho de participación pública de los ciudadanos”⁸⁹.

80 5 USC § 553(c).

81 5 USC § 556(d–e).

82 5 USC § 556(b)(3).

83 5 USC § 557(d)(1).

84 5 USC § 556(c)(3).

85 Davis-Pierce, *Treatise*, Vol. 1, p. 373.

86 *National Resources Defense Council v. Environmental Protection Agency*, 859 Federal Reporter 2nd series 156 (D.C. Circuit, 1989).

87 El Congreso sancionó dos leyes que regulan este procedimiento: la Negotiate Rulemaking Act de 1989 (5 USC § 561) y la Administrative Dispute Resolution Act de 1990 (5 USC § 583).

88 GORDILLO, Agustín, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, T. 2, Cap. XI, § 42, pp. 2 y 3, 3ª ed., 1998.

89 CASSAGNE, Juan Carlos, “*El Contrato Administrativo*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 148.

En la Jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal la tesis mayoritaria es la no exigencia constitucional de la audiencia pública. Así lo han sostenido las Sala I⁹⁰ y II⁹¹. Por el contrario la Sala IV se ha inclinado por la tesis contraria⁹².

E. MATERIAS ESPECÍFICAS QUE ABORDA

Todos los entes reguladores poseen facultades reglamentarias otorgadas por lo general en forma bastante amplia, las que se extienden sin perjuicios de otras, a las siguientes materias:

1. Seguridad de las instalaciones⁹³.
2. Procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos⁹⁴.
3. Control y uso de medidores de interrupción y reconexión de los suministros⁹⁵.
4. Procedimientos para el mantenimiento de los bienes afectados al servicio⁹⁶.

5. Procedimiento para la aplicación de las sanciones⁹⁷.

6. Reglamento de audiencias públicas⁹⁸.

7. Reglamento para trámites y reclamaciones de los usuarios⁹⁹.

8. Sistemas y procedimientos para administrar, operar, conservar y mantener los aeropuertos¹⁰⁰.

9. Seguridad radiológica y nuclear¹⁰¹.

También está autorizado a los entes ejercer la delegación de sus facultades. Esta delegación puede ser hecha a favor de los funcionarios del propio ente para asegurar una eficiente y económica aplicación de la ley, tal como está previsto expresamente en los marcos regulatorios del gas¹⁰² y de la electricidad¹⁰³. O bien, puede existir una delegación progresiva hacia los gobiernos provinciales para que asuman aquellas funciones, que compatibles con su competencia, tal como está contemplado en el caso del ENARGAS¹⁰⁴.

90 Edenor c. Estado Nacional (Secretaría de Energía), 5.9.95, L.L. 1996-C, 445. Se decidió aquí que la Resolución 14/93 del Enre mediante la cual se aprobó la "Base Metodológica para el Control del Producto Técnico", había sido válidamente dictada sin que hubiera habido "una tarea participativa y consensuada" de la empresa recurrente.

91 Celadi c. Secretaría de Transporte, 10.8.00. La audiencia pública sólo es un requisito obligatorio cuando el legislador la ha impuesto. El artículo 42 ha dejado librado al legislador la elección de los medios necesarios para asegurar la participación de los usuarios y consumidores y la audiencia pública es uno de ellos.

92 Youssefian c. Secretaría de Comunicaciones, 23.6.98. La Ley 1998-D, 712, donde un usuario del servicio telefónico planteó un amparo a fin de que ante de decidir acerca de la prórroga del período de exclusividad que poseían las licenciatarias del servicio básico, se diera adecuada intervención a los usuarios.

93 ENARGAS, Ley N° 24.076, art. 52.b.

94 ENARGAS, Ley N° 24.076, art. 52.b., ENRE Ley N° 24.065, art. 56.b.

95 ENARGAS, Ley N° 24.076, art. 52.b.

96 ENARGAS, Ley N° 24.076, art. 52.c.

97 ENARGAS, Ley N° 24.076, art. 52.ñ; ENRE, Ley N° 24.065, art. 56.m.

98 ENARGAS, Ley N° 24.076, art. 52.l; ENRE, Ley N° 24.065, art. 56.j. El régimen de audiencias públicas del ENRE fue sancionado por medio de la Resolución 39/94 del 29.4.94; B.O. 9.5.94 y RAP N° 192, p. 92.

99 EToss, Decreto 999/92, art. 17.b. El Reglamento del usuario del EToss fue aprobado por Resolución 32/94, del 14.4.94; B.O. 27.5.94 y RAP N° 192, p. 97.

100 ORSNA, Decreto N° 375/97, art. 17.1.

101 ARN, Ley N° 24.804, art. 16.a.

102 Ley N° 24.076, art. 52.u.

103 Ley N° 24.065, art. 56.r.

104 Ley N° 24.076, art. 52.w.

F. UNIVERSO RESTRINGIDO DE DESTINATARIOS

A diferencia de los reglamentos generales, los reglamentos de los entes están dirigidos a un universo restringido de potenciales destinatarios que en líneas generales son:

- i. El concesionario o licenciataria. Puede haber más de uno si la actividad no es monopólica (telecomunicaciones).
- ii. Los usuarios. Estos pueden ser: (a) un grupo identificado y limitado: gas, energía eléctrica, agua, telecomunicaciones; (b) Un grupo indeterminado: transporte; aeropuertos; correo.
- iii. Los terceros que ocasionalmente se relacionan con la prestación del servicio (i.e. en materia de servidumbre o expropiación).

La existencia de un universo restringido de potenciales destinatarios de los reglamentos emanados de los entes tiene efectos sobre la eventual confusión entre acto y reglamento y los efectos erga omnes –de hecho– de los pronunciamientos judiciales sobre estos reglamentos, tema al que me referiré seguidamente.

G. CONTROL JUDICIAL

El control judicial de los reglamentos que dictan los entes reguladores no difiere casi

nada del que se ejerce sobre el resto, pero dada la restricción de potenciales destinatarios de un reglamento, cobra vigor aquí la ya clásica disputa sobre los efectos de la declaración judicial de nulidad del reglamento. Veamos entonces el caso en la Argentina y los Estados Unidos.

i. Argentina

La doctrina nacional está inmersa desde hace años en un debate muy interesante, fruto de las diversas fuentes que posee nuestro derecho administrativo. Por un lado un nutrido sector entiende que la sentencia estimatoria de la nulidad posee efectos *erga omnes*. Así lo sostuvo en su momento Bosch¹⁰⁵ y lo mantienen en la actualidad Cassagne¹⁰⁶, Gordillo¹⁰⁷, Grecco¹⁰⁸, Hutchinson¹⁰⁹, y García Pullés¹¹⁰. Mairal en cambio, defiende el punto de vista contrario, afirmando que tal sentencia es como cualquier otra y no irradia sus efectos fuera de las partes en el pleito¹¹¹.

Antes de entrar específicamente en la materia, quiero hacer una distinción que no tiene lugar en el caso de las leyes. Cuando una ley es nula, tal nulidad siempre supone la existencia de una inconstitucionalidad formal. En otras palabras, siempre que una ley es nula existe agravio constitucional pues es la Constitución quien establece el mecanismo de sanción

105 BOSCH, Jorge Tristán, “¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?”, Ed. Víctor P. de Zavalía Buenos Aires, 1951. pp. 133/149.

106. CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general (en la L.N.P.A. y en el R.N.L.P.A.)”, El Derecho 131-911; ídem: Acerca de la eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de reglamentos, El Derecho 185-703.

107 GORDILLO, Agustín, “Acto, reglamento y contrato administrativo”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo (RADA)*, N° 3, p. 15, esp. p. 24.

108. GRECCO, Carlos M., “Impugnación de disposiciones reglamentarias”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

109. HUTCHINSON, Tomás, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, Astrea, Buenos Aires, 1985, T. I, p. 452.

110 GARCÍA PULLÉS, Fernando, “Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento. Perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo”, La Ley N° 2000-C, 1168.

111. MAIRAL, Héctor A., “Control Judicial de la Administración Pública”, Depalma, Buenos Aires, 1984, T. II, pp. 897/902; ídem: Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento, en *Revista de Derecho Administrativo*, Año I, N° 2, pp. 223/300; ídem: “Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, El Derecho pp.177-795.

de las leyes. En el caso de los reglamentos, quien establece sus requisitos de validez es una ley (la Ley de Procedimientos Administrativos), de modo que, en principio, su violación no genera un caso constitucional. No obstante ello, existen supuestos en los que un reglamento también puede ser nulo con fundamento en la Constitución.

Un primer caso lo presentan los reglamentos de necesidad y urgencia, cuya base constitucional luego de la reforma de 1994 es expresa. Si impugnado judicialmente un decreto de este tipo, se comprobara, por ejemplo, la ausencia de necesidad o urgencia, el decreto sería nulo y esta nulidad afectaría sus bases constitucionales. Lo mismo ocurriría si el Presidente hubiera invadido algunas de las materias prohibidas por el artículo 99.3 de la Constitución (penal, tributaria, local, o el régimen de los partidos políticos). En el caso de los reglamentos ejecutivos, se da un caso constitucional cuando la reglamentación excede los límites impuestos por el artículo 99.2. También pueden encontrarse varios supuestos en materia de reglamentos autónomos. Así por ejemplo si el Presidente se arrogara funciones legislativas, tal como la creación de una entidad autárquica de las que están previstas en el artículo 75.6. y 18, o si el objeto del reglamento estuviera expresamente prohibido por la Constitución, vg. arrogarse el ejercicio de funciones judiciales (artículo 109). Sería nulo también el reglamento que vetara una ley luego de producida su aprobación tácita (artículo 80), o el que decretara el estado de sitio en caso de conmoción interior estando reunido el Congreso (artículo 99.16).

Como vemos, la nulidad constitucional de un reglamento, o si se prefiere su inconstitucionalidad formal, también genera enorme interés desde el punto de vista de los efectos de la sentencia que la impone. ¿Qué ocurre en cambio con la nulidad de base meramente legal? El silencio del artículo 24 de la Ley de Procedimientos Administrativos, sobre los efectos

de la sentencia estimatoria de la nulidad de un reglamento, genera sin dudas la discusión doctrinaria arriba aludida.

Desde un punto de vista teórico debe reconocerse en primer lugar, que la nulidad es rígida, a diferencia de la inconstitucionalidad que es flexible. Tal como decía más arriba, la nulidad de un acto no depende de las circunstancias fácticas del caso en el cual se lo aplica. La nulidad es endógena. La inconstitucionalidad por el contrario es exógena, pues depende de las circunstancias del caso. Así habrá casos en los que una ley o un reglamento puedan ser considerados inconstitucionales y otros en los que no.

Siguiendo linealmente este razonamiento, deberíamos admitir que una vez decretada la nulidad de un reglamento, ésta debería acabar definitivamente con su subsistencia jurídica. Pero aparecen aquí dos inconvenientes propios de nuestro sistema judicial: uno teórico y el otro práctico. El primero, que deriva de la separación de poderes, será analizado en el Capítulo III. El segundo se origina en que la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país (en el orden nacional) es difusa, está distribuida en muchos tribunales federales que no tienen un superior común, salvo la Corte Suprema. De tal forma, si cualquiera de estos órganos pudiera decretar la nulidad de un reglamento con fuerza derogatoria, podría sobrevenir el caos. Un reglamento que está siendo aplicado por varios tribunales a la vez, podría correr suertes muy diversas. Nos encontramos entonces con que el sistema judicial que poseemos nos impone la necesidad de resignar el principio teórico antes aludido, y privar de validez *erga omnes* a las nulidades de los reglamentos en aras de la seguridad jurídica. También en el Capítulo III analizaré de qué manera podría superarse esta dificultad. Antes de ello veamos las tribulaciones de los tribunales federales en los Estados Unidos para dar una solución a este mismo problema.

ii. Estados Unidos

En los Estados Unidos la revisión judicial de la actividad administrativa, comprensiva de los reglamentos, tiene dos vertientes. En primer lugar está legalmente prevista en forma general en la Ley de Procedimientos Administrativos (*Administrative Procedure Act*, APA)¹¹². Además de esta previsión general, existen otras leyes que específicamente establecen el control en determinados casos¹¹³. En el primer caso el control se denomina *nonstatutory review*, en el segundo caso *statutory review*. Si se aplican las reglas generales de la APA, los tribunales competentes para entender en la acción son las cortes de distrito¹¹⁴ y no existe previsión legal alguna sobre los efectos del fallo, lo que hace presumir la aplicación de las reglas generales. En el segundo caso, son competentes las cámaras federales de apelaciones (cortes de circuito).

Asimismo, cuando la revisión judicial está prevista en una ley especial, ésta usualmente prevé lo que se denomina *preenforcement review*, esto es, el control previo que se lleva a cabo directamente ante una cámara federal de apelaciones. Una de estas leyes es la *Administrative Orders Review Act* (Hobbs Act)¹¹⁵ que prevé una acción directa ante cualquier cámara federal de apelaciones (*Unites States court of appeals*), de los reglamentos emanados de diversos órganos

u entes tales como: la Comisión Federal de Comunicaciones, la Secretaría de Agricultura, la Secretaría de Transportes, la Comisión Marítima Federal, la Comisión de Energía Atómica, la Junta de Transporte Terrestre¹¹⁶, siendo competente para entender el tribunal del domicilio del actor o la cámara federal de apelaciones para el Distrito de Columbia (D.C. Circuit)¹¹⁷. Pueden plantear la acción los afectados por el reglamento (*communities, associations, corporations, firms, individuals*) y los intereses del Gobierno en la acción son representados por el *Attorney General*, sin perjuicio de la intervención –también como parte– de la agencia que dictó el reglamento¹¹⁸. La interposición de la demanda no suspende de por sí el reglamento pero el tribunal puede disponer una medida precautoria de no innovar que lo suspenda total o parcialmente¹¹⁹. Tanto las decisiones interlocutorias como las definitivas son susceptibles de revisión por la Corte Suprema mediante *writ* o *certiorari*¹²⁰. Otras leyes similares establecen la competencia exclusiva de algunos tribunales en particular para estas acciones. Así, por ejemplo, la *Clean Air Act* determina la competencia de la cámara federal de apelaciones del Distrito de Columbia para la revisión de ciertas regulaciones de “aplicación nacional”, en tanto que para las de aplicación local o regional corresponden al circuito (cámara de apelaciones) apropiado¹²¹.

112 5 USC §§ 701 a 706.

113 La propia § 703 prevé la posibilidad de la existencia de leyes específicas sobre revisión judicial de ciertos actos y reglamentos.

114 La norma legal atributiva de competencia general en estos casos es la § 1331, 28 USC, que dice: “Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción originaria para todas las acciones civiles que surjan bajo (arising under) la Constitución, las leyes o los tratados internacionales de los Estados Unidos”. Conf. Lubbers, A Guide to Federal Agency Rulemaking, cit., p. 299.

115 Contenida en las §§ 2341-51, 28 USC.

116 Conf. § 2342.

117 Conf. § 2343.

118 Conf. § 2348.

119 Conf. § 2349(b).

120 Conf. § 2350.

121 Conf. § 7607(b)(i), 42 USC.

El control judicial previo antes aludido constituye una particularidad del sistema contencioso administrativo norteamericano. Hasta 1967 la revisión judicial de los reglamentos tenía lugar en el contexto de un típico caso judicial, es decir, cuando la agencia administrativa los había aplicado en un caso determinado. Regían hasta ese momento las reglas clásicas del *ripeness* (madurez o actualidad del caso) que impedían actuar a los tribunales antes de la aplicación efectiva del reglamento¹²². Se criticaba este criterio afirmando que solamente ante la producción de un daño podían actuar los tribunales, cuando una intervención preventiva podía evitar ese efecto negativo¹²³. Ese año la Corte Suprema revolucionó el sistema cuando resolvió el caso *Abbott Laboratories v. Gardner*¹²⁴. Se cuestionaba una regulación emanada de la Federal Drug Administration (FDA) que obligaba a los fabricantes de ciertas drogas a incluir el nombre genérico de éstas en todas las etiquetas y anuncios en los que apareciera su designación comercial. La demanda—fundada en que la agencia no tenía competencia legal para sancionar tal regulación— fue planteada por el laboratorio antes de que la FDA hubiera hecho aplicación efectiva de su reglamento. Pese a la excepción opuesta por la demandada en tal sentido, la Corte admitió el caso como acción declarativa¹²⁵.

A partir de este caso, la revisión judicial previa se ha convertido en una regla habitual y está actualmente prevista en numerosas leyes¹²⁶. Estas en general prevén un plazo—contado desde la promulgación del reglamento— dentro del cual debe iniciarse la acción. En la *Clean Air Act*, por ejemplo, son sesenta días¹²⁷. El plazo es de caducidad, de modo que una vez vencido, la acción puede ser desestimada¹²⁸. Incluso se discute si una vez pasado este período sin que la acción haya sido intentada, el reglamento puede ser impugnado al ser ejecutado. En la *Clean Air Act*, por ejemplo, está prohibido¹²⁹, pero esta previsión ha sido interpretada en forma restrictiva¹³⁰. Asimismo, si la ley nada dice al respecto, se ha interpretado que vencido el plazo el reglamento no puede ser impugnado por razones procedimentales, pero sí puede serlo por cuestiones sustanciales¹³¹.

La brevedad de los plazos para impugnar, sumada a la posibilidad de hacerlo en diferentes cortes de apelaciones a lo largo de todo el país, generó un gran *forum shopping*, esto es, una multiplicidad de acciones iguales ante diferentes tribunales planteadas por diferentes partes. Hasta 1988 la agencia cuyo reglamento había sido impugnado debía someter el expediente en el cual había sido dictado el reglamento impugnado ante el tribunal donde se hubiera iniciado la primera demanda. Ello ge-

122 El caso más típico de aplicación de esta regla del caso actual es *United Public Workers v. Mitchell*, 330 U.S. 75 (1947). Se cuestionaba aquí una ley que prohibía ejercer actividades políticas a los empleados del gobierno federal. El objeto de la acción declarativa era obtener autorización para realizar las actividades prohibidas. La Corte desestimó la acción, pues sostuvo que no había habido todavía aplicación efectiva de la ley, salvo en el caso de un empleado que ya había sido sancionado por violar sus disposiciones.

123 Véase: *Davis-Pierce, Treatise*, Vol. II, §§ 15.12 y 15.14, pp. 360 y 371.

124 387 U.S. 136 (1967).

125 Ese mismo día resolvió dos casos conexos al anterior: *Toilet Goods Association v. Gardner* 387 U.S. 158 y *Gardner v. Toilet Goods Association*, 387 U.S. 167(1967).

126 Nota 137 p. 308.

127 § 7607(b)(1), 42 USC.

128 *Eagle-Picher Industries, Inc. v. Environmental Protection Agency (EPA)*, 759 F 2d. 905, 911 (D.C. Circuit, 1985).

129 § 7607(b)(2), 42 USC.

130 *Adamo Wrecking v. United States* 434 U.S. 275 (1978).

131 *National Indus. Contractors v. OSHRC*, 583 F 2d. 1048 (8th. Circuit, 1978).

neraba además una segunda distorsión, pues colocaba a los litigantes en una suerte de “carrera hacia los tribunales” en busca del más favorable, lo que suscitó muchas críticas¹³². Por ello en 1980 la Conferencia Administrativa¹³³ recomendó que se estableciera un procedimiento de selección de tribunales por azar (*random*). En 1988 el Congreso introdujo una modificación en la § 2112(a), 28 USC, por medio de la cual si una agencia dentro de los diez días de promulgado un reglamento, es notificada de más de una demanda ante distintos tribunales, debe notificar de ello al Judicial Panel on Multidistrict Litigation¹³⁴, quien determina por azar el tribunal que debe intervenir.

Sin perjuicio del *preenforcement review*, los norteamericanos son conscientes de que el sistema judicial difuso conspira en contra de la uniformidad de las decisiones en punto a la nulidad de los reglamentos. Por ello hoy en día la mayoría de las acciones que tramitan por vía del *nonstatutory review* ante los tribunales de distrito, son declarativas o constituyen medidas precautorias (*injunctions*)¹³⁵. Existe asimismo una tendencia a unificar en un solo tribunal de alzada las demandas en contra de cada una de las agencias. Ello tiene lugar por vía legislativa cuando se designa específicamente una corte de apelaciones para intervenir o bien

por medio de interpretación judicial. Así, por ejemplo, se ha dicho en *Whitney National Bank v. Bank of New Orleans*¹³⁶, que cuando una corte de apelaciones está designada como tribunal competente para revisar los reglamentos de una determinada agencia, su competencia es exclusiva. También fue establecido por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (D.C. Circuit) que cuando una agencia está autorizada a emitir diversas clases de reglamentos y sólo una de ellas puede ser revisada por una corte de apelaciones en forma exclusiva, debe entenderse que dicho tribunal tiene jurisdicción exclusiva para revisar todos los tipos de reglamentos emitidos¹³⁷. También se ha intentado concentrar la revisión judicial de todo el accionar de una agencia determinada en los tribunales de alzada¹³⁸, o bien se ha dicho que cuando una ley especial asigna competencia a un determinado tribunal, éste entiende en forma exclusiva, sin perjuicio de la competencia asignada a otro en una ley general¹³⁹. Esta tendencia se ve más acentuada aun en *Telecommunications Research and Action Center (TRAC) v. Federal Communications Commission*¹⁴⁰. La Ley Federal de Comunicaciones (*Federal Communications Act*) preveía que las decisiones emanadas de la FCC eran revisables en forma directa por una corte

132 McGarity, Thomas A.: Multi-Party Forum Shopping for Appellate Review of Administrative Action, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 129, p. 302 (1980).

133 La “*Administrative Conference of the United States (ACUS)*”, es un organismo asesor independiente creado en 1968, para estudiar los procesos administrativos y formular recomendaciones a la Administración y el Congreso tendientes a mejorar la legislación administrativa.

134 Es un organismo previsto en la § 1407, 28 USC, compuesto por siete jueces (elegidos entre jueces de circuito y de distrito), designados por el Presidente de la Corte Suprema (Chief Justice). Forman quórum con cuatro miembros y todos deben pertenecer a diferentes tribunales. Tienen como misión coordinar las cuestiones de competencia y redistribuir o consolidar las causas pendientes en los tribunales federales.

135 David-Pierce, *Treatise*, Vol. III, § 18.1, p. 179.

136 379 U.S. 411 (1965).

137 *Investment Co. Institute v. Board of Governors of Federal Reserve system*, 551 F.2d. 1270 (D.C. Circuit, 1977).

138 *Oljato Chapter of the Navajo Tribe v. Train*, 515 F.2d. 654 (D.C. Circuit, 1975).

139 *Assure Competitive Transportation Inc. v. United States*, 629 F.2d. 467, 471 (7th. Circuit, 1980).

140 750 F.2d. 70 (D.C. Circuit, 1984).

de apelaciones. En el caso no se discutía la impugnación de ningún reglamento o acto, sino que se denunciaba la demora de la FCC en adoptar una decisión, lo que claramente era de competencia de los tribunales de distrito. No obstante ello, el D.C. Circuit sostuvo que la atribución de competencia asignada por la ley a los tribunales de alzada para revisar decisiones les confería a éstos jurisdicción exclusiva en relación con las acciones contra la FCC.

En síntesis, los norteamericanos padecen el mismo problema que se suscita entre nosotros. Los fallos que anulan un reglamento no tienen efectos erga omnes lo que provoca cierta confusión en el sistema. Por ello han ido construyendo algunos remedios procesales tendientes a unificar en las corte de circuito las decisiones despojando de competencia a los tribunales de distrito. Además han creado el llamado *preenforcement review* que permite un control anticipado del reglamento, lo que permite despejar inicialmente las cuestiones relativas a su validez.

H. LA AUTONOMÍA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Una última cuestión es la de la autonomía de la potestad reglamentaria, que debe ser considerada en dos ámbitos: (a) en relación con el Poder Ejecutivo, y (b) en relación con las empresas reguladas.

El primero de los planteos es central, pues la independencia o si se prefiere la autonomía de los entes reguladores constituye la primera razón de su existencia. Si bien me atrevería a decir que la independencia de los entes en la Argentina no es satisfactoria, ello no debe causarnos demasiada sorpresa si tenemos en cuenta que en los Estados Unidos donde la experiencia regulatoria es varias veces superior a la nuestra está en discusión todavía si la creación misma de los entes es o no constitucional¹⁴¹, y si son verdaderamente independientes¹⁴².

En lo que hace a la potestad reglamentaria específicamente ¿pueden el Poder Ejecu-

141 Dado que –se sostiene– no están en ninguno de los tres poderes, y podrían por ende conformar el cuarto poder, algunos lectores rigurosos de la división tripartita del gobierno sostienen su inconstitucionalidad. Así lo ha hecho Antonin Scalia –miembro actual de la Corte Suprema– quien siendo juez de distrito en Washington D.C. lo afirmó en *Synar v. United States*, 626 Federal Supplement 1374, 1398 (1986), aun cuando cierto es que la jurisprudencia en general rechaza este criterio. Así por ejemplo lo hicieron la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito en *Hospital Corp. v. FTC*, 807 Federal Reporter, 2nd Series (1986), la Corte del Noveno Circuito en *FTC v. American National Cellular*, 810 Federal Reporter, 2nd Series 1511 (1987) y la del Décimo Circuito en *Security Exchange Commission v. Blinder, Robinson & Co.* 855 Federal Reporter, 2nd Series 677 (1988). A su turno, la Corte Suprema también afirmó la constitucionalidad de las agencias en *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986). Acerca de este tema puede verse: STEELE, Charles N. and BOWMAN, Jeffrey H., “*The Constitutionality of Independent Regulatory Agencies Under the Necessary and proper Clause: The Case of the Federal Election Commission*”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 4, N° 2, 1987, pp. 363-392. En torno a la problemática específica de la división de poderes: GIFFORD, Daniel J., “*The Separation of Powers Doctrine and the Regulatory Agencies after Bowsher v. Synar*”, *The George Washington Law Review*, Vol. 55, N° 3, march 1987, pp. 441-481.

142 Más intenso aun que el debate sobre la constitucionalidad de las agencias reguladoras es el relativo a su auténtica independencia, la que está fuertemente cuestionada. Tan es así que cada tanto se reúne un simposio para tratar el tema. Vale la pena leer por ejemplo, los trabajos publicados en la *Duke Law Review*, Vol. 1988, April-June, N°s. 2 y 3, pp. 215-299, con motivo de uno realizado en 1988. Entre ellos: MILLER, Geoffrey P., “*Introduction: The Debate over Independent Agencies in Light of Empirical Evidence*”, pp. 215-223; BARTLETT FOOTE, Susan, “*Independent Agencies under Attack: a Skeptical View of the Importance of the Debate*”, pp. 223-237; ROBINSON, Glen O., “*Independent Agencies: Form and Substance in Executive Prerogative*”, pp. 238-251; MORRISON, Alan B., “*How Independent are Independent Regulatory Agencies?*”, pp. 252-279; WILEY, Richard E., “*Political Influence at the FCC*”, pp. 280-285; PETERS, Aulana L., “*Independent Agencies: Governments Scourge or Salvation?*”, pp. 286-296; MILLER, James C., “*A Reflection on the Independence of Independent Agencies*”, pp. 297-299. También en 1988 tuvo lugar en Washington D.C. un programa presentado por la Sección de Derecho Administrativo y Práctica Regulatoria de la American Bar Association titulado: “*Independent Agencies—Independent from Whom?*”, cuyos debates dirigidos por Sally Katzen, entonces a cargo de la mencionada sección, están publicados en la *Administrative Law Review*, Vol. 41, 1989, pp. 491-532. Además de estos trabajos puede verse, entre otros muchos: DEVINS, Neal, “*Political Will and the Unitary Executive: What Makes an Independent Agency Independent?*”, *Cardozo Law Review*, Vol. 15, N°s. 1-2, October 1993, pp. 273-312.

tivo o el ministerio jurisdiccional derogar el reglamento dictado por el ente? A primera vista no, pero si puede revocar el acto individual ¿por qué no podría derogar el reglamento? A mi juicio el caso es diferente según que la fuente de la potestad reglamentaria sea la ley o un decreto. En el primer caso el Poder Ejecutivo no podría derogar el reglamento, mientras que sí podría hacerlo en el segundo.

En relación con el segundo punto, se ha desarrollado la teoría de la “captura de los entes” según la cual las empresas reguladas tratan de limitar u obstaculizar la entrada en el mercado de otros competidores induciendo al ente a que dicte regulaciones más extensas y complejas cada vez, con el propósito de desalentar la obtención de una concesión o licencia¹⁴³.

III. CONCLUSIONES

Como reflexión final diré que la potestad reglamentaria de los entes reguladores es una porción de la potestad reglamentaria de la Administración en general. Las notas típicas

que he ido anotando en el curso de esta conferencia no alcanzan para sostener que los reglamentos emanados de los entes reguladores son diferentes o responden a una conformación jurídica diversa de la que tienen los restantes. Por lo demás, no encuentro motivos para que ello ocurriera.

Por lo tanto la potestad reglamentaria en materia regulatoria como especie acusa el mismo déficit que su género. En la Argentina siempre se ha dado mayor trascendencia, como fuente del Derecho Administrativo, al acto administrativo que al reglamento. Existen numerosas obras sobre la teoría general del acto administrativo¹⁴⁴; su regulación tiene un lugar destacado en la legislación procesal administrativa –tanto nacional¹⁴⁵ como provincial¹⁴⁶– y ocupa un sector privilegiado en los tratados generales del Derecho Administrativo¹⁴⁷, habiéndose escrito además estudios específicos sobre el tema¹⁴⁸. Asimismo, contamos con obras que han abordado exhaustivamente el control judicial del acto administrativo¹⁴⁹. El reglamento, en cambio, no ha merecido igual o equivalente preocupación doctrinaria. Se lo

143 La exposición de esta teoría puede verse en BÁRBARA, Jorge Edmundo, “La teoría de la captura de los entes reguladores. El caso del sistema postal o de correos”, L.L. 1996-E, 875.

144 CASSAGNE, Juan Carlos, “El Acto Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974; FIORINI, Bartolomé, “Teoría Jurídica del Acto Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969; DIEZ, Manuel María, “El Acto Administrativo”, T.E.A., Buenos Aires, 1961.

145 Ley 19.549, Títulos III y IV.

146 Buenos Aires (Ley 7647, arts. 103-119); Catamarca (Ley Nº 3559, arts. 25-42); Córdoba (Ley Nº 5350, arts. 93-112); Corrientes (Ley Nº 3460, arts. 87-146); Chaco (Ley Nº 1140, arts. 114-127); Chubut (Ley Nº 920, arts. 27-41); Formosa (Ley Nº 971, arts. 27-63); La Pampa (Ley Nº 951, arts. 33-94); La Rioja (Ley Nº 4044, arts. 25-100); Mendoza (Ley Nº 3909, arts. 28-103); Neuquén (Ley Nº 1284, arts. 38-86); Río Negro (Decreto 819, arts. 11-24); Salta (Ley Nº 5348, arts. 25-100); San Juan (Ley , arts.); (Ley Nº 3784, arts. 7-21); Santa Cruz (Ley Nº 1260, arts. 7-27); Tierra del Fuego (Ley Nº 141, arts. 97-117); Tucumán (Ley Nº 4537, arts. 43-70). En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Decreto 1510/97 regula el acto administrativo en los artículos 7-21.

147 MARIENHOFF, “Tratado...”, Ob. Cit., Tomo II, Cap. III, 4ª ed., 1993; CASSAGNE, “Derecho Administrativo...”, Ob. Cit. Caps. IV-VIII, 6ª ed. 1998; GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III, 5ª ed., 2000.

148 CASSAGNE, Juan Carlos, “La Ejecutoriedad del Acto Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971; COMADIRA, Julio R., “Anulación de Oficio del Acto Administrativo”, 2ª ed., Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

149 MAIRAL, Héctor A., “Control Judicial de la Administración Pública”, Depalma, Buenos Aires, 1984; TAWIL, Guido Santiago, “Administración y Justicia”, Depalma, Buenos Aires, 1992.

estudia como fuente del Derecho Administrativo en las obras generales sobre la materia¹⁵⁰ y hay trabajos que abordan su impugnación en sede judicial o administrativa¹⁵¹, pero proporcionalmente la preocupación jurídica por una y otra fuente ha sido muy dispareja.

Si alguna propuesta me permito formular entonces, ya sobre el final de mi interven-

ción, es que debemos encarar seriamente un estudio sobre la necesidad de dotar al procedimiento de emisión de un reglamento –ya sea en el ámbito de los entes reguladores como en el resto de la Administración– de las mismas garantías que se exigen para el acto administrativo, pues igual o mayor impacto tienen sobre los administrados aquellos que éstos.

150 MARIENHOFF, *"Tratado..."*, Ob. Cit. T. I, §63, pp. 240 y ss., 4ª ed., 1990; CASSAGNE, *"Derecho Administrativo"*, Ob. Cit. T. II, pp. 54 y ss., 6ª ed., 1998.

151 GRECCO, Carlos M., *"Impugnación de Disposiciones Reglamentarias"*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; DIEZ, Horacio P., *"Reglamentos. Su Impugnación en el Procedimiento Administrativo"*, Cuadernos de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.

