

# Cuestiones federales que plantea la presencia de los “organismos” independientes en la Constitución Argentina

(Ponencia presentada ante el X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo a realizarse en septiembre de 2011 en El Salvador).

Alejandro Pérez Hualde

2011

*Índice: Introducción: la división del poder. I. La nueva división de “poderes” y los “organismos independientes”. II. Órganos “extrapoderes” y “organismos” constitucionales independientes. III. Naturaleza constitucional de los “organismos independientes”. A) Integración federal y necesidad de establecimiento legal de los “organismos”. B) Grados y planos de la independencia de los “organismos”. C) Requerimientos de la independencia de los “organismos”. 1. La designación y remoción de sus autoridades. 2. Fuente de recursos económicos. 3. Fuera del control administrativo de tutela. D) Personería jurídica y patrimonio de los “organismos”. E) Neutralidad de los “organismos”. F) Contenidos esenciales de la actuación de los “organismos” en el orden constitucional argentino. IV. Breve reseña de los “organismos independientes” en la constitución Nacional. A) Los “organismos de control” de los servicios públicos de competencia Nacional como los previó la CN. B) El “organismo fiscal federal” previsto en la CN. IV. Realidad actual de los “organismos” independientes constitucionales. V. Reflexiones finales. Bibliografía.*

\*\*\*

## **Introducción: la división del poder.**

La “*división de poderes*” tuvo su origen en el pensamiento griego y era el resultado de combinar eficazmente las tres formas “*puras*” de gobierno en la concepción aristotélica, el poder del rey –en el Poder Ejecutivo-, el de la aristocracia –en el Judicial-, y el de la democracia –en el Legislativo-. Era un sistema concebido como concierto de las fuerzas políticas y sociales y fórmula de realización eficaz de los caminos al bien común.

Esta misma “*división*”, siglos después, luego del absolutismo iluminista, responde a un modelo de estado, ahora surgido de la Revolución Francesa, que se procuraba fuera mínimo y su principal cometido, precisamente, frenar el poder de ese mismo estado como única garantía de realización de los derechos. Así llega al proceso constitucional del siglo XIX.

Esta versión de la división del poder en el estado moderno ha sido parte inseparable de su esencia a partir de Montesquieu y aun nos acompaña en gran medida por cuanto abunda la doctrina que sostiene, no sin un grado de pesimismo, que “*la historia enseña, que todo poder responde a dos leyes. La primera ley es ser más poder y poder más tiempo. La segunda ley, terrible como la primera, se anuncia diciendo que todo poder por propia dinámica se convierte a poco andar en tiránico, si es que no se lo enfrenta*” (Spota, 1992, 689).

Es en este contexto que el estado moderno nos trajo muy pronto, ya en el tiempo mismo de la Revolución Francesa, un nuevo protagonista en el sistema constitucional, señalado por Manuel García Pelayo como “*la administración pública*”, con gran poder y efectiva capacidad de acción sobre la realidad política. Esta administración va a operar en forma concentrada, desconcentrada y también descentralizada.

Aun cuando no se desconoce el aserto de Jellinek acerca de que el poder es uno y que lo que se “*divide*” es su ejercicio, la doctrina ha distinguido diferentes “*divisiones*” del poder: constituyente y constituido –o reformador-, vertical –gobierno federal y gobiernos de provincias (González, 257)-, horizontal –ejecutivo, legislativo y judicial-, etc. La distribución horizontal se asienta, en principio, en la articulación del proceso de creación, aplicación y ejecución de la ley (Fayt, 66).

En estos tiempos, en que la garantía de los derechos del hombre –no ya tan individuales como sociales- responden a un objetivo material de realización inspirados fundamentalmente en la Declaración de los Derechos Humanos (1948) y de la constitución de Bonn (1949), que exige la presencia efectiva de instrumentos de organización y de procedimiento para su puesta en práctica (Hesse, 102), nos muestra un estado social y democrático de derecho que ha expandido su poder y ello ha provocado la proliferación de instrumentos jurídico políticos tendientes a convertir en más eficientes tanto sus políticas activas en el terreno económico y social como el control efectivo de estas actividades.

Esta comprobación sociológica y práctica nos ha colocado ante otra división de funciones que procura una mayor eficiencia tanto en el accionar como en el control del poder mismo; pone así en evidencia concreta que “*la división del poder es antes empírica que dogmática, según las enseñanzas de Pablo Lucas Verdú*”... y que “*la división horizontal y tripartita de poderes del Estado y de funciones no sólo se ha transformado hasta prácticamente resultar otra, la moderna organización constitucional, sino que se ha visto sustituida por una pluralidad de reglas y de principios extremadamente complejos, complementarios unos de otros en la labor de controlar y limitar el poder*” (García Roca, 1115).

En este orden se registra la aparición de organismos que operan por fuera de los tres poderes tradicionales del estado, sin depender específicamente de alguno de ellos y cumpliendo funciones determinadas en el terreno fundamentalmente económico. Se trata de nuevos títulos de legitimación de la acción de los poderes públicos para intervenir en distintos planos de la actividad política y social (Pomed Sánchez, 118).

Es con esta orientación, que la muy novedosa constitución de la provincia de Mendoza, ya en 1916, además de los derechos sociales y laborales –un año antes de que lo hiciera la carta mexicana de “*Querétaro*” en 1917 y tres que la de “*Weimar*” de 1919- incluyó organismos específicos que están ubicados por fuera de la división tradicional del poder. Se trata de la Dirección General de Escuelas, del Departamento General de Irrigación y del Banco de la Provincia. Los tres entes con patrimonio propio, con sus autoridades designadas con la misma metodología que los jueces –cuando no por elección directa-, con administración independiente y con una misión específica en los terrenos de mayor preocupación de los mendocinos: la educación, el riego agrícola y el financiamiento de su economía.

Está comprobado que a fines del siglo XX y comenzando el XXI, el mundo moderno ha adoptado la técnica de confiar la regulación espacios sensibles en lo social –como el manejo de datos personales- y estratégicos de la economía –como el mercado bancario, de las comunicaciones electrónicas y de la competencia-, a “*organismos dotados de garantías de independencia frente al gobierno y al direccionamiento político*” (D’Alberti, 92); en definitiva, ha procurado “*sustituir la legitimación política por una búsqueda de la legitimación técnica*” (Rivero Ortega, 96) para operar en la regulación y en el control de los mencionados sectores.

Como consecuencia directa de esta tendencia universal, observamos en el constitucionalismo argentino la aparición de organismos colocados por fuera de la distribución tradicional del poder horizontal que caracteriza nuestra organización política; que fueron creados sin dependencia de alguno de los tradicionales poderes ejecutivo, legislativo o judicial; y que –en su diseño- procuran poseer independencia efectiva “*respecto de todos, no sólo de los gobiernos, no sólo de lo político, no sólo de la política, sino también de lo privado, independencia de los poderes privados, de los intereses privados*” (Rallo Lombarte, 14).

Se trata de “*aquellos órganos, entidades, comisiones o agencias estatales*”... que “*sin pertenecer a ninguna de las Ramas ni Organizaciones del Poder Público, gozan de un determinado grado de autonomía e independencia*”... de tal modo que “*no dependa de ningún otro órgano, organización o rama del poder público en el sentido de dirección, regulación y control*” (Melo Salcedo, 4 y 19).

En la doctrina constitucional sudamericana ya fueron recibidos estos instrumentos, en un principio, bajo la denominación de “*órganos extrapoderes*”, según creación del maestro Germán Bidart Campos (1967,129), y caracterizados como aquellos que “*no encajan en ninguno de los tres poderes*”... “*pero que se relacionan con ellos*” (Canda, 839).

Si bien no es el caso de la mencionada constitución de la provincia de Mendoza, porque es temporalmente anterior –y por eso su novedad-, la introducción de estos “*organismos*” en la Reforma Constitucional de 1994 podemos decir que responde al intento de una versión argentina de las denominadas “*administraciones independientes*” que nos llegan desde el Derecho español y con algún grado de origen indirecto en las “*independent regulatory agencies*” de los Estados Unidos de Norteamérica (Comadira, 642; Rallo Lombarte, 12; Embid Irujo, 30).

Pero no los hemos incorporado bajo ese nombre técnico, sino bajo el de “*organismos*” que operan en el terreno de la fiscalización y control de los servicios públicos y de los procedimientos de determinación, captación y distribución de la masa de recursos sujetos al régimen de coparticipación federal de impuestos.

### **I. La nueva división de “*poderes*” y los “*organismos independientes*”.**

Consideramos que en el estado de nuestros días se ha perdido el miedo a su accionar opresivo, más bien, podríamos decir que no sólo se tolera una inmensa intromisión del estado en las actividades económicas y sociales de la comunidad moderna sino que además se la reclama intensa y frecuentemente para hacer efectivas las garantías constitucionales.

El estado social de derecho se caracteriza por la presencia de un gobierno protagonista que participa de las cuestiones de la sociedad. Es más, paradójicamente se ha convertido –últimamente- en el “*salvador providencial*” de crisis muy graves como la ocurrida desde octubre de 2008 en el mundo financiero luego del derrumbe de “*Lehman Brothers*” (Cardenal, 1). Hemos visto al estado, principalmente aquel de los países más desarrollados del mundo, contribuir generosamente mediante intervenciones en forma directa en los mercados a través de subsidios por sumas nunca antes registradas (Embid Irujo, 79).

Pero si bien se ha podido comprobar que “*el Estado contemporáneo es demasiado pequeño para ciertas tareas y demasiado grande para otras. Cuando es demasiado pequeño, se impone la integración. Cuando es demasiado grande, se impone la descentralización*” (Frías, 1995, 960), y que es evidente que esto ocurre hoy en el orden administrativo y constitucional. Se han efectuado numerosas descentralizaciones que, en Argentina, proliferaron a partir de la Ley de Empresas Públicas de 1949 y que recién en la década de los años '90 registraron un retroceso severo del cual hoy se están recuperando en alguna medida muy inferior a la que se declama.

Esta gran descentralización administrativa ya golpeó fuertemente a la división tradicional del poder porque comprendió y potenció, fundamentalmente, al Poder Ejecutivo y su Administración Pública. Podría admitirse que suscitó alguna discusión técnica acerca de si el Poder Legislativo obraba dentro de sus facultades cuando creaba por ley entidades autárquicas o sociedades del estado que ejercían facultades propias del Poder Ejecutivo; el fenómeno alteró en sustancia la división fundamental del poder en la medida que significó una expansión formidable del Ejecutivo, y –repetimos- su Administración Pública, en desmedro de los otros dos poderes, si bien en mayor grado del Legislativo.

Y ello se ha debido a que “*la descentralización siempre se ha entendido como administrativa, ya que, en rigor, el grueso del aparato del Estado es administrativo y su labor es la de administrar*” (García Belaúnde, 4). Por esta razón es que nos resistimos a denominar “*descentralización*” a esta nueva forma de distribución constitucional de las funciones del poder (Pérez Hualde, 2004, 695), pues no se concibe una idea de constitucionalismo sin distribución del ejercicio del poder; no hay constitución sin división de funciones, únicamente partiendo mentalmente desde el concepto de monarquía absoluta podríamos decir que el reparto constitucional de poderes o competencias es un caso de “*des-centralización*”. Las provincias del estado federal argentino no son “*descentralizadas*”, tampoco lo son los “*organismos independientes*” creados por la constitución.

Indudablemente, los organismos independientes que nos ocupan en este ensayo no pueden dejar de alterar el concepto tradicional de división del poder; pues, como su nombre lo indica, en principio, no “*dependen*” de alguno de los otros poderes del estado, escapan al sistema antiguo, porque constituyen otra forma de dividirlo sobre la base de otro criterio. En otras palabras, no compartimos la afirmación de que “*las administraciones independientes dependen a priori del ejecutivo, y, a través de él, están sometidas al control normal de toda la administración*” (Parada, 278), pues en el caso argentino –como en el mendocino en especial- el constituyente tuvo la meta de liberar a

esos “organismos” de toda incidencia de la administración central, en este caso, controlada por ellos.

Los “organismos independientes” concurren a modificar la división horizontal del poder sumando “poderes” al antiguo esquema tradicional tripartito, incorporando instrumentos de control sobre las actividades de esos poderes en cuanto al ejercicio de sus facultades respecto de algún tema especialmente preocupante para el constituyente. Por esta razón algún autor ha sostenido que “*el esquema clásico de división de poderes se ve devaluado*” (Rallo Lombarte, 11), mientras que también se ha celebrado que “*la Constitución Política colombiana abandonó la desueta estructura tripartita del poder concebida desde los albores del Estado moderno, y ha dado un paso más allá, para crear nuevas organizaciones y nuevos órganos –autónomos e independientes- que se encarguen del cumplimiento de otras funciones del Estado*” (Melo Salcedo, 4).

Como un buen ejemplo de lo que venimos analizando, el nuevo artículo 113 de la constitución Política de Colombia, dice: “*Son ramas del Poder Público, la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial. Además de los órganos que las integran, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*”.

Por esta razón de rango y jerarquía similar a los otros órganos que desempeñan los poderes clásicos del estado es que “*el régimen jurídico de las administraciones independientes se levanta sobre las normalmente conocidas como garantías o elementos de la independencia, que bloquean los instrumentos de los que normalmente se vale la administración gubernativa para la dirección de la administración institucional instrumental*” (Magide Herrero, 34).

Resulta evidente la finalidad perseguida en la creación de estos “organismos” independientes que no es otra que buscar liberarlos de influencias directas de la política coyuntural por tratarse de temas que poseen repercusiones que se extienden más allá de la vida del gobierno de turno (Pomed Sánchez, 121); la de establecer dificultades y obstáculos a lo que ocurriría de permanecer en el terreno de la administración centralizada, la cual se ve severamente afectada en su poder de mando (Fernández Rojas, 424). “*Sólo la protección contra la influencia del Gobierno de este tipo de organizaciones responde de manera directa e inmediata al ‘telos’ que anima la categoría de las administraciones independientes: la neutralización política de ciertas actuaciones de la administración que tradicionalmente se habían realizado bajo la dependencia y dirección del Gobierno*” (Magide Herrero, 35).

Las competencias atribuidas a los “organismos independientes” normalmente versan sobre “sectores y materias de carácter esencial para la vida social y económica de un país, sobre las que se genera un consenso entre las fuerzas políticas en cuanto a su ordenación”... por ello “*se consideran políticamente neutralizadas; no son de derechas ni de izquierdas y quedan fuera de la lucha política porque lo que a todos interesa es sencillamente que funcionen bien*”... y, consecuentemente, “*todas las fuerzas políticas coinciden en mantener determinadas funciones y objetivos estatales como algo imparcial, estable y permanente, cualquiera que sea la orientación política que prevalezca en un momento determinado*” (Ariño Ortiz, 2).

## **II. Órganos “extrapoderes” y “organismos” constitucionales independientes.**

La doctrina nacional, como dijimos, liderada por Bidart Campos (2004, 234), denominó “*extrapoderes*” a esos institutos que aparecieron colocados por fuera de la organización tripartita tradicional del poder, definiendo sus tres características fundamentales: a) que son estatales; b) que su situación institucional es ajena a los órganos clásicos; y c) que “*existen, necesariamente, vínculos y relaciones entre los órganos extrapoderes y los poderes constituidos*” (Canda, 840).

No estamos totalmente de acuerdo con esa consideración. No son “*extra*”, son “*poderes*”. Pues: a) forman parte de la distribución constitucional del poder; b) pueden tener distinta naturaleza que los otros “*poderes*”, como –por ejemplo- pueden contar o no con personería jurídica y patrimonio propio, siempre dentro del terreno público, pueden ser estatales o no; c) pero en todos los casos tienen independencia de los otros “*poderes*” más allá de las relaciones recíprocas de control y equilibrio que también existe respecto de ellos y del rol fundamental que les toca en su establecimiento.

También se ha señalado que cada uno de los poderes tradicionales tiene sus propios sistemas y organismos de control recíproco e interno por lo que “*el control*” no constituye otra expresión del poder. Es más, la reforma constitucional de 1994 introdujo órganos con ese cometido como la Auditoría General de la Nación (art. 85 CN), el Defensor del Pueblo (art. 86 CN), el Consejo de la Magistratura (art. 114 CN), y el Ministerio Público (art. 120 CN) (Loñ y Morello, 109; Canda, 847). Estamos de acuerdo en esa presencia, pero la misma constitución ha distinguido con precisión los casos.

Para alguna doctrina los nuevos órganos “*extrapoder*” son el ya mencionado Ministerio Público, la Comisión Bicameral Permanente (art. 99 inc. 3 CN), el también aludido Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento y el Defensor del Pueblo (Palazzo, 1095). Creemos que la constitución ubicó a los órganos mencionados en el ámbito del Congreso de la Nación, como es el caso de la Comisión Bicameral Permanente (aunque no consideramos admisible atribuirle entidad alguna como para contar con algún grado de presencia constitucional más allá de su carácter netamente legislativo), la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo (no obstante la aclaración constitucional expresa de que la AGN posee “*autonomía funcional*” y que la Defensoría “*es un órgano independiente*”); mientras que al Ministerio Público, al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento los introdujo en el capítulo del Poder Judicial (Canda, 851).

Además de nuestros ya expresados reparos doctrinarios a considerarlos “*extra*” poderes, aceptado –por vía de hipótesis- su léxico, compartimos las dudas de Loñ y Morello (110) y de Canda (848) acerca del verdadero carácter de “*extra*” de estos nuevos instrumentos constitucionales. Es más, dudamos también del alcance preciso de su independencia en general pues se encuentran insertos en otro de los poderes del Estado. No son verdaderamente “*organismos independientes*”.

Si bien cuentan con alguna nota que les atribuye una dosis de independencia, como la propuesta de la oposición a la designación del presidente de la AGN –y no del resto del directorio-, y la posibilidad de investir legitimación procesal activa, en determinados temas y con un alcance limitado, con que cuenta el Defensor del Pueblo, a

poco que se analice integralmente el instituto, se comprueba que no alcanzan esos detalles para definir una verdadera actuación totalmente independiente.

Nosotros sostenemos que la constitución, en su Reforma de 1994, sí ha establecido dos órganos nuevos, que pretende que sean claramente independientes, fuera del ámbito de los poderes tradicionales: los “*organismos de control*” de los servicios públicos (art. 42 CN), que deben asegurar la garantía de control de calidad y eficiencia (Pérez Hualde, 2006, 98), y el “*Organismo Fiscal Federal*” (art. 75 inc. 2 CN) que debe fiscalizar la ejecución de un nuevo y complejo sistema constitucional de coparticipación de los recursos en el estado federal con las provincias y de éstas, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre sí (Pérez Hualde, 1999, 101). Se trata de poner la atención institucional, como en el modelo norteamericano, sobre “*dos ámbitos básicamente identificados: política económica y determinados derechos fundamentales*” (Rallo Lombarte, 13).

Indudablemente, el constituyente de 1994 ha sido receptivo de la desconfianza de la población hacia la “*manipulación partidista*” (Fernández Rojas, 425) en materia de servicios públicos y de coparticipación federal de impuestos y también ha sido consciente del incremento notable del poder del Ejecutivo sobre todas las áreas de gobierno a punto tal que ha considerado imprescindible fortalecer los controles mediante su independencia de base constitucional; pues ya se ha sostenido –con indudable acierto– que “*la administración ha ganado en importancia a costa de la Constitución*” (Forsthoff, 5).

### **III. Naturaleza constitucional de los “organismos independientes”.**

Los dos mencionados “*organismos*”, introducidos en el Derecho argentino por la Reforma de 1994 en la constitución Nacional, son los únicos que están programados de tal modo de permanecer fuera de los ámbitos de los otros poderes del Estado. Claro que con su interdependencia constitucional que pone límites a su accionar en la medida de la revisión de sus actos por el Poder Judicial y de la metodología compleja de designación de sus directivos –Ejecutivo más Legislativo– y de la revisión de sus cuentas por el Legislativo.

La Convención Constituyente de 1994 se propuso formalmente atemperar el presidencialismo que caracteriza al régimen argentino; respondió así a su antecedente de convocatoria, la Ley 24309, de declaración de necesidad de la reforma constitucional, que estableció expresamente en su art. 2º, como objetivo prioritario, la “*atenuación del sistema presidencialista*”.

De una investigación realizada por Ibáñez Rozas surge cómo el convencional Alberto García Lema manifestó que “*la (...) gran idea fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado (...) y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial...*” (Diario de Sesiones, 2211), y cómo este concepto contó con el consenso del convencional Raúl Ricardo Alfonsín, quien sostuvo que “*es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente (...) fortalecer al Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes*” (Diario de Sesiones, 2682).

Al peligro presidencialista, se suma el progresivo avance del centralismo, encabezado por el gobierno Federal, sobre las provincias en todos los terrenos de la decisión política. La descompensación del poder vertical en la Argentina se ve reflejada con claridad meridiana, sobre todo, en el campo de la distribución de los recursos económicos que sostienen a la República.

No cabe duda, entonces, de que la introducción de los “*organismos*” independientes se orienta decididamente en este rumbo, por ahora frustrado en gran medida, de compensar el creciente poder del Ejecutivo Nacional y del centralismo del gobierno Federal, lo que permite explicar las severas dificultades por las que ha atravesado, y aun hoy atraviesa, su puesta en funcionamiento efectivo.

Podemos afirmar que la introducción de los “*organismos*” en la constitución de Argentina se inscribe en el marco de dos de las divisiones del poder: en la división “*horizontal*”, en la medida en que se suman al reparto de facultades entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, y en la división “*vertical*”, puesto que constituyen un resorte de control recíproco entre el gobierno federal y los gobiernos de provincias.

#### **A) Configuración federal y necesidad de establecimiento legal de los “organismos”.**

Ha señalado con acierto la doctrina que “*no se pueden asimilar los órganos autónomos e independientes del modelo de un Estado Unitario a los órganos autónomos e independientes de un Estado que tiene una forma distinta y que por lo mismo, tiene unos principios de organización diferentes, como en efecto ocurre, so pena de incurrir en yerros de fondo que impiden la instrumentalización y articulación de los mismos*” (Melo Salcedo, 17).

En el caso argentino, de una organización federal con notas muy particulares que la caracterizan, los mencionados “*organismos*”, poseen un diseño que les impone también su propia naturaleza federal (Pérez Hualde, 2010, 716), pues en los dos casos se prevé, por expreso imperativo constitucional, la participación “*necesaria*” de los sujetos del sistema federal argentino que son sus provincias autónomas “*según lo establece la presente constitución*”.

En los “*organismos de control*” de los servicios públicos la norma constitucional prevé “*la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas*”. La participación provincial, si bien es calificada de “*necesaria*”, la misma es –en realidad- facultativa, depende de la voluntad política –y ésta de su vocación- que cada provincia ponga de manifiesto en los hechos concretos y que –lamentablemente- en los últimos tiempos no ha sido mucha (Pérez Hualde, 2010, II, 14).

Una “*ley convenio*” de creación establecerá que la integración del “*organismo fiscal federal*” deberá “*asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en su composición*” (art. 75 inc. 2 último párrafo, CN), con lo cual la participación no es exigencia formal obligatoria en los hechos pero la necesidad de integración de “*todas*” no deja margen de duda.



No habría podido aceptar el régimen político argentino una solución distinta, sin la participación activa de las provincias, porque la modificación a la división horizontal del poder no puede alterar la división vertical ni separar al producido del claro marco de definición del art. 1 CN que establece el régimen federal “*según lo establece la presente constitución*”. Es por ello que, como ya dijimos, las consecuencias de la aparición constitucional de los “*organismos*” se inscriben en ambas divisiones del poder: la horizontal y la vertical.

Es evidente que en el terreno político es imposible operar sobre las facultades omnímodas del Poder Ejecutivo Nacional sin atacar, a la vez, al centralismo del gobierno Federal que sofoca a los estados provinciales.

Merece otro análisis, que se suma y enriquece al anterior, el rol esencial de las provincias que, a través de sus Legislaturas, deben aprobar la mencionada “*ley convenio*” en cuyo contenido debe estar el régimen de establecimiento del “*organismo fiscal federal*”. Una verdadera nota que excede la dimensión vertical y se introduce en consideraciones de carácter “*confederal*” que, como lo ha señalado con acierto la doctrina constitucional, traerá problemas a la hora de hacer efectivo su verdadero alcance en la medida en que no fue discutida y meditada suficientemente en el momento de su sanción (Spota, 1996, 34).

Por lo tanto podemos afirmar que la primera nota formal que fundamenta la independencia de los “*organismos independientes*” es su determinación expresa por la constitución, de lo contrario no habría interpretación alguna que permita deducir sólidamente su apartamiento y desvinculación operativa de los otros órganos del poder que prevé la misma Carta Magna.

A ella se suma, en segundo lugar, el requerimiento material de la efectiva participación de las provincias “*interesadas*” en su composición. No sólo debe concurrir la provincia a su conformación sino que necesariamente debe exigir un rol adecuado a su carácter de sujeto esencial de la relación federal constitucional. Y ello debe ir acompañado de una actitud de igual naturaleza, pues su presencia no debe concentrarse en el cúmulo habitual de reclamos individuales que, justa y normalmente, encabezan las provincias, sino que debe proyectarse hacia propuestas y respuestas de rango federal comprensivas del espectro político sustancial del sistema argentino.

No obstante la separación funciones ya marcada, el rol del Congreso de la Nación tiene especial relevancia a la hora del diseño de los “*organismos*”. El texto constitucional establece que la “*legislación*”, en el caso de los servicios públicos, y la “*ley convenio*”, en el de la coparticipación federal, serán los instrumentos legales que, ajustados a la voluntad del constituyente, precisarán los detalles que aseguren, sin traicionar –ni, tampoco, morigerar-, la independencia necesaria para el cumplimiento de su cometido constitucional.

## **B) Grados y planos de la independencia de los “organismos”.**

Como consecuencia necesaria del rango constitucional atribuido por el constituyente a los “*organismos*” independientes, huelga destacar que esa independencia tiene –en nuestro caso- un objetivo de control considerado como muy valioso desde el punto de vista institucional. Tanto que ha considerado necesario

sustraerlo de los controles habituales internos de la administración de tal modo de fortalecer la garantía de su eficiencia y de su efectiva realización de un modo transparente y confiable.

El primer plano donde debe plantearse la independencia que implica la determinación constitucional, por el solo hecho de haberlos establecido en el texto expreso de su normativa –y que no requiere ningún esfuerzo de interpretación–, es la que debe existir respecto de aquellos órganos controlados directos y más próximos en la tarea a asegurar (Ariño Ortiz, 9). En el caso de los “*organismos de control*” de los servicios públicos, será de las empresas prestadoras del servicio de que se trate, sean que fueran privadas o públicas; y en el caso del “*organismo fiscal federal*” pues será de la administración central recaudadora y reguladora de la actividad de percepción de los fondos coparticipables, es decir, de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

El segundo plano donde debe asegurarse la independencia de los “*organismos*” se ubica en el terreno de las autoridades políticas “*que tienen siempre intereses cortoplacistas (en política, seis meses ya es largo plazo) y electorales (la principal, si no única, meta del gobernante es mantenerse en el poder, cuidar la clientela, ganar votos)*” (Ariño, 10); es decir, en nuestro caso argentino, del Poder Ejecutivo Nacional que, en ambos casos, tiene el rol protagónico en la contratación, concesión y regulación de los servicios públicos privatizados –cuando no de su prestación directa cuando no lo han sido–, y tiene el rol de conducción efectiva y política de la AFIP a través de su Ministerio de Economía. En este mismo espacio de la política debe evidenciarse también la independencia del Poder Legislativo en la medida en que también él con su accionar puede afectar el objeto motivo del control mediante normas que transgredan los mandatos constitucionales en la materia que, como ya veremos, son numerosos.

En el tercer plano, es recomendable que mantengan también su independencia de otros poderes que hoy se han hecho presentes en el espectro político y social de la comunidad, como son los partidos políticos, los medios de difusión y formación de la opinión pública (Ariño, 10), de los grupos empresarios, sindicales, etc.

### **C) Requerimientos de la independencia de los “organismos”.**

Consideramos necesario precisar que para asegurar su independencia en los planos mencionados en el punto anterior, los “*organismos*” deberán contar con un espacio propio construido, al menos –y sin pretender agotar la lista en tan solo ellos–, sobre los siguientes pilares estructurales que la doctrina y el derecho comparado han marcado con especial preocupación:

#### **1. La designación y remoción de sus autoridades.**

“*La clave de su independencia reside en el proceso de selección, nombramiento y status de inamovilidad de sus miembros*” (Ariño Ortiz, 4; también Merusi y Passaro, 69). La designación de sus autoridades no debe depender de alguna de las otras administraciones sujetas a su control en modo directo o indirecto, y si alguna de ellas participara, deberá establecerse un mecanismo de acto complejo de tal modo de imponer la actuación necesaria de otro de los órganos del estado.

También colabora decididamente en este objetivo la celebración de procedimientos previos de carácter participativo, como los concursos y las audiencias –ambos públicos–, que garanticen la transparencia del método de selección; el ejemplo norteamericano nos muestra cómo el Poder Ejecutivo “ *nombra al presidente y a los miembros de todas las agencias*”,... “ *con acuerdo senatorial*”, y “ *no puede removerlos*” (Rallo Lombarte, 13).

Es más, tan importante es este aspecto, que algún autor ha sostenido que “ *todas estas técnicas se reducen a condicionar la potestad del gobierno para el nombramiento o destitución, pues la incondicionalidad del nombramiento y, sobre todo, de la destitución es lo que hace que dichos organismos obedezcan o no al ciento por ciento las directrices, el  indirizzo político, del gobierno*” (Parada, 250).

Algunos de los “ *organismos independientes*” de la provincia de Mendoza, como su Departamento General de Irrigación y su Dirección General de Escuelas, prevén un sistema de nombramiento de sus autoridades por parte del Ejecutivo con acuerdo del Senado provincial, el que debe ser compulsado luego de una audiencia pública en esa misma cámara Alta; para la designación de los directores del Ente Provincial Regulador de la Electricidad (EPRE) se impone al Poder Ejecutivo la realización previa de concurso público de antecedentes de los candidatos, de audiencia pública y acuerdo del Senado.

Este acuerdo, semejante al caso norteamericano y a algunos ejemplos españoles, atribuye al método de nombramiento un perfil indudablemente político, que no vemos como un defecto, pues la tarea a realizar tampoco puede ser desempeñada por ignorantes en el tema, aunque hay que reconocer que puede llegar a impregnarse de un criterio marcadamente partidista (Fernández Rojas, 435). Pero en Argentina es el mismo que se emplea para la designación de los jueces que integran la Corte suprema de la Nación y los Tribunales superiores de provincias.

Contribuye fuertemente a la independencia de los “ *organismos*” el hecho de que el período de desempeño de sus autoridades designadas tenga un plazo determinado, que el período no coincida en extensión con el del Ejecutivo, que no tenga la posibilidad de reelección indefinida –para evitar la instalación definitiva de un sector–, y que se produzca en forma escalonada para los distintos directivos (Fernández Rojas, 437).

## 2. Fuente de recursos económicos.

La obtención de los fondos necesarios para el funcionamiento institucional de los “ *organismos*” no debe depender de la Administración controlada respecto de la cuál el constituyente procuró sustraer esa actividad de fiscalización; tampoco debe quedar sujeta a cambios introducidos por la sola voluntad de los órganos controlados, como ocurriría en Argentina si el Jefe de Gabinete ejerciera sus “ *súper poderes*” para introducir cambios en los destinos de las partidas presupuestarias destinadas a financiar la actividad de los “ *organismos*” independientes como hoy lo hace respecto de las cuentas de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso que tiene por misión controlar las normas de carácter legislativo que emite el mismo Poder Ejecutivo (Ley 26122).

En el caso de los “*organismos*” de control de los servicios públicos es habitual el establecimiento de una tasa, incluida en la tarifa que el usuario paga por el servicio, que les permita satisfacer los gastos de desempeño de su función. Con igual criterio, en el caso del “*organismo fiscal federal*” corresponde a las provincias interesadas el pago de sus gastos. En ambos supuestos son los beneficiados por la tarea quienes deben pagar las expensas de los “*organismos*” que defienden sus intereses: usuarios y provincias.

### 3. Fuera del control administrativo de tutela.

El control de tutela de la Administración Pública central, del Poder Ejecutivo, no debe recaer sobre los actos, frecuentemente de alcance general y normativo (Fernández Rojas, 429), y –en nuestro caso argentino- fundamentalmente de inspección y control, de los “*organismos*”, pues esa revisión de lo actuado a través de los recursos administrativos, con la posibilidad de revocar sus actos –sea que lo haga únicamente por razones de legitimidad, o aun cuando fuera por las de oportunidad y conveniencia-, convertiría en ilusoria la independencia del “*organismo*” perseguida por el constituyente.

Como forma de fortalecer los “*organismos*” en su independencia es necesario establecer legalmente que contra sus decisiones sólo cabe la acción judicial federal, en el caso de los “*organismos de control de los servicios públicos*” de competencia Nacional, y, según el caso, la originaria –por ser parte una provincia (art. 117 CN)- o la competencia dirimente –si es entre ellas el conflicto (art. 127 CN)- siempre ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso del “*organismo fiscal federal*”.

Las autoridades independientes italianas se reportan directamente al Parlamento sin pasar por el Gobierno, y esta circunstancia constituye un elemento esencial en su independencia (Merusi y Passaro, 82); en nuestro régimen presidencial, donde coincide el presidente con la jefatura del gobierno (art. 99 inc. 1 CN), ese reporte no se produce, tampoco, con el Congreso. Las decisiones de los “*organismos*” quedan sólo sujetas a la revisión judicial que no alcanza a los aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones, sino sólo a su juridicidad.

Frente a las decisiones definitivas de las autoridades máximas de los “*organismos*” no cabe algún tipo de recurso de alzada (Fernández Rojas, 443), pues sería –según la doctrina- “*absurdo*” (Ariño Ortiz, 5); y tampoco la presencia de algún instrumento o procedimiento administrativo que permita a la Administración central controlada revisar lo actuado por el “*organismo*” arrasando su independencia de base constitucional.

### 4. Autonomía de organización y de gestión.

Esta capacidad de organizarse y gestionar el personal propio en persecución de los objetivos encomendados al “*organismo*” reviste particular importancia a la hora de cohesionar equipos de trabajo y lograr la mayor eficiencia y profesionalidad imprescindible para la tarea propuesta (Merusi y Passaro, 79). Además, esta posibilidad de autodeterminación de sus políticas de recursos humanos contribuye a configurar sus propios criterios institucionales en el cometido técnico complejo que es materia de su competencia. Reviste particular importancia que la institución esté en condiciones de fijar las remuneraciones de sus funcionarios, muy especialmente de su cuerpo de

técnicos, puesto que debe tener el mismo nivel competitivo de que gozan los técnicos de los entes sujetos a su control.

Esta desvinculación necesaria de la Administración central a nivel de organización, como aquella respecto del procedimiento administrativo, no implica que el Derecho Administrativo (Pomed Sánchez, 169) no sea de plena aplicación a los mecanismos e instrumentos internos de las decisiones que se toman en el ámbito de los “*organismos*”.

Estas cuatro notas, aunque puede haber otras, son imprescindibles, hacen a la esencia del sistema, y del prolijo análisis y detección del grado de su presencia efectiva en cualquier entidad que la pretenda –donde fuera que fuese–, será determinante indicador objetivo de su nivel de independencia real (Merusi y Passaro, 81).

#### **D) Personería jurídica y patrimonio de los “organismos”.**

Pareciera no ser imprescindible, para alguna doctrina, la investidura de una personería propia en el “*organismo*”, pues “*en el derecho comparado se incluyen con total normalidad dentro de las categorías equivalentes a la de nuestras administraciones independientes organizaciones sin personalidad jurídica, lo que contribuye a demostrar que la independencia, núcleo de esta categoría administrativa, puede subsistir sin personificación*” (Magide Herrero, 34; en igual sentido, Merusi y Passaro, 69).

No obstante, consideramos que si es necesario desprender el accionar del “*organismo independiente*” del control de tutela de la Administración central y someter sus actos únicamente a la revisión judicial, será muy conveniente dotarlo de capacidad para estar en juicio; asimismo, una independencia económica que le permita manejar sus recursos hace aconsejable la atribución de un patrimonio propio. ¿De qué serviría su independencia si a la hora del entuerto judicial, ordinario o extraordinario, la representación en juicio escapara a su control?

Claro está, en el caso de los controladores de los servicios públicos, sus recursos siempre estarán sujetos al trámite parlamentario de aprobación del presupuesto general del estado, como todos los órganos de la constitución, que es donde someterán anualmente su proyección presupuestaria (Fernández Rojas, 445) y, también –luego–, de los controles de la Auditoría General de la Nación y de la rendición de cuentas ante el mismo Poder Legislativo (art. 85 CN). Si se trata del “*organismo fiscal federal*” su sujeción estará supeditada en este terreno a los presupuestos provinciales respectivos y a los acuerdos que estas jurisdicciones lleven a cabo a su respecto en el marco de los convenios que el mismo art. 75 inc. 2 CN refiere.

En el caso argentino, la misión esencial de control confiada a los “*organismos de control*” de los servicios públicos aconseja, en principio, que posean personería y capacidad de estar en juicio. Pues la tarea de estos institutos en el plan institucional no es de carácter exclusivo y preponderantemente técnico como ocurre en otras latitudes.

#### **E) Neutralidad de los “organismos”.**

No es necesario que el “*organismo independiente*” sea neutral.

Ha sostenido la doctrina colombiana que “*se requiere de la aplicación del principio de imparcialidad o neutralidad en sus decisiones*” (Melo Salcedo, 5). Pero nosotros entendemos que ello no es necesario; pues no debemos confundir los conceptos de independencia, de imparcialidad y de neutralidad (Gordillo, 80).

La misión de los “*organismos*” puede ser la de defender algún sector débil protegido por garantías constitucionales, como es el caso de los usuarios de los servicios públicos en Argentina. La protección de los intereses de las provincias en el caso del “*organismo fiscal federal*” se debe no tanto a su estado objetivo de debilidad, que probadamente existe, sino a su posición relativa, también de inferioridad, frente a quien recauda y, a la vez, es parte en la distribución de esos mismos recursos.

Lo que está muy claro es que ninguno de los dos “*organismos independientes*”, que luego analizaremos más detenidamente, es neutral ni –mucho menos– exclusivamente técnico. Ambos responden a una estructuración política constitucional que los aleja de ese rol exclusivo y los compromete con los objetivos que la misma Carta Magna se propone en los respectivos terrenos de los servicios públicos y de la coparticipación federal de los recursos.

La doctrina italiana no ha dudado mucho acerca de la presencia de la política y de su vinculación contrapuesta con la técnica en el seno de la “*autoridad independiente*”. Se señala, con preocupación, que la dificultad de la discusión entre técnicos y políticos ha comenzado a contaminar la decisión interna de esos “*organismos*”. Se destaca cómo “*el modelo abstracto de una técnica serviente de la política, que de ella nace y a ella retorna ofreciendo los resultados de una regulación teóricamente inmune a las distorsiones de la conflictividad política, aparece progresivamente suplantada por un modelo en el cual la técnica (con sus razones) termina por condicionar –cuando más, cuando menos– al aparato político, convirtiéndose en poder atrás del poder, y participando en modo sustancial a determinar la actitud de los intereses*” (Valastro, 30).

Consideramos que la doctrina italiana se refiere a la política partidaria coyuntural, de la cuál todo ente que desee gozar de independencia debe tomar distancia; pues es –precisamente– de esa corriente de arrastre, sumamente veleidosa y cambiante en modo súbito, que el legislador –o el constituyente– ha querido preservar los valores que el ente tiene por misión custodiar. Pero de modo alguno puede interpretarse que los “*organismos*” puedan ser concebidos como un híbrido político sin compromiso con valores públicos que competen a la sociedad toda.

En nuestro caso argentino, ninguno de los “*organismos independientes*” cumple funciones esencialmente técnicas; ni los destinados a verificar la “*calidad y eficiencia*” de los servicios públicos, en tanto y en cuanto tales, ni el que tiene por cometido fiscalizar la recaudación y reparto de la coparticipación federal. Ambos son fuertemente políticos más allá de la probada y sólida formación profesional que en los dos casos es requerimiento esencial para el cumplimiento de sus cometidos.

**F) Contenidos esenciales de la actuación de los “organismos” en el orden constitucional argentino.**

La doctrina en general, española en especial, ha establecido que los “*organismos*” están facultados para dictar reglamentos y también actos de supervisión, de autorización, de vigilancia y de sanción, también de resolución de conflictos, de elaboración de informes, dictámenes y recomendaciones (Fernández Rojas, 430-433; Ariño Ortiz, 8).

Como ya hemos dicho, la constitución ha atribuido a nuestros “*organismos independientes*” la tarea de “*control*”; tarea que, coincidimos con la doctrina, es complemento del poder (Sánchez, 206). Y no corresponde incluir a todas esas funciones descriptas en el párrafo precedente, pues no son necesarias para el ejercicio eficiente del control que la constitución les ha confiado a los “*organismos*” sobre dos ámbitos decididamente fundamentales para los argentinos.

El dictado de reglamentos, que “*permite visualizar perfectamente la ruptura del concepto unitario de reglamento*” (Tornos Mas, 2003, 480), es –en nuestro caso– excepcional en este tipo de “*organismos*”, a menos que se trate de su organización interna, pues en el campo externo estos institutos en el Derecho Constitucional argentino sólo tienen funciones de verificación, inspección, fiscalización y control y no de reglamentación de los sectores hacia donde dirigen su accionar. Distinto es el caso de alguna norma de carácter regulatorio siempre que distingamos esta actividad de aquella que implica la emisión del reglamento.

Dice Tornos Mas (2003, 483) que “*entendemos por regulación la intervención que pretende alcanzar el equilibrio entre las actuaciones de diversos sujetos que intervienen en sectores de relevante interés social, por su importancia económica o por afectar al ejercicio de derechos fundamentales. El regulador no impone un criterio previamente definido en la ley o norma previa. Trata de buscar el equilibrio entre intereses enfrentados. Para ello no suele acudir a mecanismos coactivos, primando el informe, el consejo, la mediación*”. Es la expresión precisa del nuevo enfoque de la regulación, tomada como moderno instrumento de consenso y persuasión, en cuyo curso tienen particular relevancia los reguladores independientes (D’Alberti, 93).

Pero aun aceptando esta interpretación, que brinda mayor precisión, y que nos da pie para distinciones que luego haremos respecto del funcionamiento real de lo que el ordenamiento argentino ha interpretado de la normativa constitucional de 1994 en esta materia, consideramos que la tarea de regulación tampoco ha sido atribuida a nuestros “*organismos*” de –precisamente– “*control*”.

Según el diccionario de la Real Academia Española el concepto de CONTROL tiene dos primeras acepciones: “*comprobación, inspección, fiscalización, intervención*”, y también la de “*dominio, mando, preponderancia*” –que en este caso descartamos–; el concepto de FISCALIZACIÓN –ya incluido en el primero– alude a la función de “*criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien*”. Estos, y no otros, son los términos precisos y textuales que, aunque –en alguna medida– superpuestos, han sido empleados por la normativa constitucional argentina al definir las funciones de los “*organismos de control*” de los servicios públicos y del “*organismo fiscal federal*”.

Se trata del “*control*” tal como lo concibe la doctrina cuando describe la función de “*inspección*”. La administración, independiente en nuestro caso, inspecciona y “*puede así obtener información, comprobar, examinar, vigilar, investigar hechos,*

*actos, actividades en general, situaciones, documentos, operaciones, siempre que tales elementos sean debidos, esto es, que las diferentes personas físicas o jurídicas estén, positiva o negativamente, obligados a llevar a cabo de la manera, o bien previamente determinada por las normas, o bien sin que se contradigan aquéllas”* (Bermejo Vera, 1258, el subrayado le pertenece).

La constitución ha sido precisa, en ambos casos habla de “control” y por lo tanto, en la medida en que se trata de actividades sustraídas a los otros poderes constitucionales no cabe darle una interpretación más amplia. Sobre todo en la medida en que ya recomendó la doctrina tener presente que la función de control se encuentra atribuida a todos los poderes como una función más en su acervo (Canda, 844) y a que, salvo texto expreso y preciso, como es en este caso, no debemos efectuar una interpretación de tal alcance que corramos el riesgo de sustraer funciones naturales y propias de los otros poderes de la constitución (Bianchi, 151).

Ahora bien, tampoco la interpretación restrictiva debe llevarnos a limitar y privar de los instrumentos necesarios para un buen desempeño por parte de los “organismos” a la hora de cumplir su función y, sobre todo, cuando se trata de ejercer su función sobre los “controlados” como la Administración, a veces prestadora directa, otras concedente y reguladora, de los servicios públicos de competencia Nacional en el caso de los “organismos” previstos por el art. 42 CN; o a la hora de vigilar los comportamientos de los poderes Ejecutivo y Legislativo en la captación, distribución y disposición, conforme a criterios objetivos de reparto, de los recursos coparticipables de nuestro sistema federal, en el caso del “organismo fiscal federal”.

#### **IV. Breve reseña de los “organismos independientes” en la constitución Nacional.**

A lo largo de lo expuesto hemos ido describiendo los institutos independientes que introdujo la Reforma constitucional de 1994 en la constitución de Argentina. Como ya afirmamos, la Reforma trajo como novedad diversos organismos pero sólo dos de carácter claramente independiente: aquellos destinados al control de los servicios públicos de competencia Nacional y el que tiene por misión la de controlar y fiscalizar el cumplimiento del procedimiento de determinación, recaudación y distribución de los recursos sujetos al régimen constitucional de coparticipación federal.

Aunque hemos ido perfilando sus roles al describir los aspectos fundamentales de los organismos independientes en general, ahora analizaremos brevemente su contenido, misión y vigencia actual.

#### **A) Los “organismos de control” de los servicios públicos de competencia Nacional como los previó la CN.**

Los “organismos de control” de los servicios públicos que son prestados, o concedidos y regulados por la Nación, se encuentran en el art. 42 CN y no están comprendidos en los capítulos de distribución del poder sino que integran la formulación expresa de la garantía de control de calidad y eficiencia de todos los servicios públicos, tanto nacionales como provinciales, como derecho fundamental. Constituyen una parte esencial de la descripción de los instrumentos de organización y



procedimiento que acompañan necesariamente a la garantía constitucional para asegurar su vigencia efectiva (Hesse, 102).

La constitución Nacional encomienda su organización al Congreso en la medida que determina que *“la legislación”... “establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia Nacional previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de las provincias interesadas, en los organismos de control”* (art. 42 CN). Si bien se ha discutido acerca del contenido material o formal de esta *“legislación”* (Comadira, 654) en este caso, respecto de la puesta en marcha de los institutos independientes, creemos que no hay dudas de su necesario rango de ley formal.

La reglamentación de la separación funcional de la actividad de control sobre los servicios públicos respecto de las competencias propias del responsable político –Poder Ejecutivo- y del jefe de la Administración general –Jefe de Gabinete- exige necesariamente la acción positiva del Congreso de la Nación, pues no se trata de la polemizada tarea de establecer entes autárquicos descentralizados de la Administración central sino de aquella propia del Poder Legislativo de *“crear y suprimir empleos”... y de “fijar sus atribuciones”* (art. 75 inc. 20 CN) para poner en ejercicio funciones determinadas por la constitución Nacional en forma expresa y diferenciadas de las atribuidas –repetimos- al Presidente y a su Jefe de Gabinete.

La previsión constitucional impone el inevitable carácter público de los mencionados *“organismos de control”*, pero de ello no se sigue obligadamente su naturaleza estatal. Es el legislador quien podría determinar la conveniencia, quizás para aumentar su independencia, de aprovechar su necesaria integración con organizaciones civiles de protección de consumidores y usuarios, que tienen carácter público no estatal, para impregnar de ese carácter el total de la institución.

La integración de las asociaciones de usuarios tiene como consecuencia necesaria un carácter esencialmente participativo en los procedimientos de decisión y funcionamiento del *“organismo”* que aporta un fundamento que se suma a la recomendación de la doctrina italiana como base de legitimación democrática de su actuación (Merusi y Passaro, 94).

Por su parte, la integración –también *“necesaria”*- por las provincias provoca indudables efectos en la naturaleza misma del *“organismo”* por cuanto le otorga carácter federal y, con ello, su desprendimiento de los procedimientos administrativos propios de la Administración Pública Nacional; de igual modo, ese hecho, ocasiona también –como ya hemos adelantado- la sustracción de la materia judicial hacia la competencia extraordinaria *“originaria y exclusiva”* de la Corte Suprema, si se produce un conflicto donde la provincia es *“parte”* (art. 117 CN); y, también consecuentemente, se impondría el desplazamiento hasta la competencia *“dirimente”* de la misma Corte si la *“queja”* es hacia otra provincia participante necesaria –o conjunto de ellas- del mismo *“organismo de control”* (art. 127 CN).

También es determinante su objeto a la hora de determinar su naturaleza. El reconocimiento constitucional de los derechos de consumidores y usuarios *“en la relación de consumo”* contiene los elementos necesarios para arribar a una completa incorporación efectiva y reclamable de la garantía. Y esta estructura se construye en

común para los dos sujetos protegidos, el consumidor y el usuario, pero sobre la base de su distinción en el alcance de la garantía. Al segundo, al “*usuario*”, el art. 42 CN le garantiza “*el control*” de la “*calidad y eficiencia de los servicios públicos*”; no hace lo mismo con los otros servicios también protegidos por la misma cláusula constitucional (Salomoni, 397).

A este efecto, resulta especialmente relevante tener en cuenta que no se trata de una garantía de resultado, de “*calidad y eficiencia*”, sino de su “*control*”; pues la cláusula constitucional garantiza sólo el “*control*”. Y ello es lógico si atendemos a la naturaleza específica del concepto de servicio público en tanto y en cuanto su núcleo radica en la “*obligatoriedad*” de su prestación sin discriminaciones (Mairal, 232), lo que la doctrina italiana ha denominado la “*doverosità*” (Cartei, V.10; Varone, 52-53); y resulta evidente que no hay obligatoriedad sin control.

Esa diferencia constitucional entre la garantía del consumidor y la del usuario, que radica –esencialmente– en la presencia o ausencia de “*obligatoriedad*”, incorpora específica, y consecuentemente, el “*control*” a favor del segundo y otorga, por ello, especial relevancia a los “*organismos de control*” previstos expresamente para ese cometido respecto de los servicios públicos de competencia Nacional. En este aspecto, nuestros “*organismos de control*” de los servicios públicos están inspirados en las agencias reguladoras de los Estados Unidos pues su misión es controlar el nivel y la calidad de los servicios, que se hagan las inversiones necesarias, aun cuando puedan resultar antieconómicas en algún caso (Comadira, 642; Pierce y Gellhorn, 210).

Son servicios públicos de competencia Nacional aquellos que la misma constitución le ha confiado su legislación al Congreso en forma expresa, como el de los servicios de apoyo a la navegación de los ríos interiores (art. 75 inc. 10 CN), el establecimiento de correos (art. 75 inc. 14 CN), y también aquellos atribuidos en forma implícita como consecuencia de la facultad contenida en la cláusula del comercio o de su regulación con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí (art. 75 inc. 13 CN), que comprende consecuentemente todos los servicios interconectados y transmitidos de una provincia a otra, como la electricidad, corredores viales, gas natural, transporte aéreo y terrestre de pasajeros, y aquellos que por su destino tienen igual relevancia, como los aeropuertos y las telecomunicaciones (Pérez Hualde, 2003, II).

Es importante precisar también todo aquello que la constitución no le asigna a los “*organismos de control*”; pues sólo les atribuye el “*control*”; no la determinación del servicio público; ni su regulación, ni su contratación, ni su concesión. Le asigna a la “*legislación*” –Poder Legislativo– la facultad de establecer el “*marco regulatorio*”, es decir, la de determinar el servicio y la de ejercer el poder de policía que –por otra parte– le pertenece. La regulación del servicio público, que es –en principio– propia de la policía del servicio, no le ha sido sustraída a la responsabilidad política del Poder Ejecutivo ni, en todo caso, a la jefatura del Jefe de Gabinete, en tanto y en cuanto es una actividad propia de la administración general del país (arts. 99 inc. 1 y 100 CN) (Pérez Hualde, 2010, III).

Reiteramos, la constitución no les ha atribuido a los “*organismos*” una función de regulación. Esta función, que está asociada indisolublemente con la aparición de las administraciones independientes en España (Tornos Mas, 2000, 1342) y también en Italia y en otros países (Napolitano, 141), es una función que podría ser aconsejable –y

desde nuestro punto de vista muy recomendable- que se ubicara materialmente dentro de la competencia de los “*organismos*” independientes pero no es lo que ha hecho nuestra Carta Magna; ella sólo menciona el “*control*”.

Es, por ello, errónea la traducción que ha efectuado la legislación argentina, a veces a nivel de Poder Legislativo, otras, a nivel de Poder Ejecutivo –en todos los casos pretendiendo ser “*legislación*” en sentido material a los efectos del art. 42 CN-, de la determinación constitucional cuando ha establecido organismos “*reguladores*” y ha creado entidades descentralizadas de la misma Administración Central que tratan de llevar a cabo esa función con muy distintos niveles de acierto y aceptación.

Equivocadamente se han conformado “*organismos*” que están más orientados a “*regular*” que a “*reglamentar*” y, muy poco, a “*controlar*”; son descentralizaciones administrativas, generalmente entidades autárquicas, dependientes operativamente de la misma Administración Nacional (Comadira, 651), sin injerencia efectiva de las provincias salvo alguna participación muy secundaria en aquellos excepcionales casos en que alguna ha puesto en evidencia su vocación federal (Pérez Hualde, 2010, II) y manifestado su voluntad de participar a pesar de la distorsionada naturaleza del organismo.

Por esta razón es que hemos sostenido que los actuales “*entes reguladores*” que nos presenta hoy el derecho argentino no son los “*organismos de control*” que previó la constitución sino meros entes descentralizados de la administración central, apéndices de sus ministerios, cumplidores de sus instrucciones en materia de regulación y de control contractual, de los mismos contratos que, bien o mal –generalmente mal-, la misma Administración celebró, y con un compromiso con los usuarios que no va más allá del político coyuntural del gobierno de turno (Pérez Hualde, 2010, I).

Los “*organismos de control*” de los servicios públicos no tienen por misión “*garantizar la competencia real y efectiva*” de los servicios públicos privatizados y “*el buen funcionamiento del mercado*”, como señala la doctrina española (Ariño Ortiz, 3 y 5), sino la de garantizar el control de calidad y eficiencia de todos los servicios públicos, sea que fueran prestados por empresas públicas, mixtas o privadas, contratados por concesión de explotación o por licencias.

Por esta razón, la competencia y supervisión de los “*organismos de control*” recaerá sobre la prestadora pública o privada, sobre la administración concedente que contrata el servicio, que lo reglamenta o regula, que lo dirige, que lo controla contractualmente, etc.

Así, entonces, el “*organismo*” deberá ser independiente de toda sujeción de la Administración central controlada y del, también, controlado Poder Ejecutivo Nacional en materia económica, de designación de autoridades y de tutela administrativa; y no debe recibir instrucciones de la administración ni puede ser válidamente intervenido, ni es admisible que sus autoridades puedan ser despedidas por mero decreto del Poder Ejecutivo, tal como ocurrió hace poco más de tres años con el cese del presidente del Enargas (Ente Nacional Regulador del Gas).

#### **B) El “*organismo fiscal federal*” previsto en la CN.**

Ya hemos mencionado el grado de importancia que tiene el sistema de coparticipación federal de impuestos introducido por la Reforma de 1994; y ello se debe a que tiene por misión expresar y hacer realidad la “*garantía federal*” que permite la subsistencia del sistema federal mismo. Nace como contrapartida de la entrega que hicieron todas las provincias argentinas, ricas y pobres, en beneficio del conjunto conducido por el Gobierno Federal.

Por ello se ha sostenido que “*ese sacrificio económico que las provincias consumaron en el acto constituyente, creó el ineludible deber constitucional para el Gobierno Central de garantizar la autonomía económica de los Estados miembros. De manera que paralelamente a la garantía federal de la autonomía política de las provincias, los constituyentes instituyeron la garantía federal de la autonomía económica de los Estados locales*” (Linares Quintana, 717).

El “*organismo fiscal federal*” se encuentra contemplado en el último párrafo del inc. 2 del art. 75 CN que es donde se describe el sistema de coparticipación federal de impuestos que estableció la Reforma constitucional de 1994. Le encomienda específicamente “*el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso*”. Es un instrumento de control que tanto la Nación como las provincias poseen para fiscalizar a la Administración Pública Nacional (Lagarde, 737) en su tarea de recaudación y reparto y a las administraciones locales en la verificación del destino de los fondos en función de los cometidos constitucionales y el soporte de los criterios objetivos de reparto.

No depende de la Administración Nacional (en contra Spota, 1996, 43, aunque admite que “*no es lo deseable*”) y tampoco de la sola voluntad de las provincias. El origen convencional, asentado sobre un acuerdo celebrado entre Nación y provincia, instrumentado en la “*ley convenio*” de iniciativa del Senado, con mayorías absolutas, que debe contar con la aprobación de las provincias, sostiene jurídicamente esta aseveración. Acuerdo, superior a las leyes, que se inscribe en el contexto del derecho que Germán Bidart Campos denominaba “*intrafederal*” puesto que, si tenemos en cuenta que “*la existencia del convenio impide su derogación por ley del Congreso o por ley provincial*”, ello le confiere “*supremacía sobre ellas*” (Zorraquín Becú, 194) con respaldo constitucional expreso.

Específicamente, esa conclusión surge con evidencia del hecho de la prohibición constitucional expresa (art. 75 inc. 2 CN) de modificación unilateral de la “*ley convenio*” y de la eliminación de la posibilidad de su reglamentación ordinaria de ley por el Poder Ejecutivo Nacional de acuerdo al art. 99 inc. 2 CN. Es también consecuencia obligada del hecho de que tampoco es constitucionalmente posible la transferencia de competencias, servicios y funciones a las provincias sin la reasignación de recursos aprobada por el Congreso Nacional y por la provincia interesada (art. 75 inc. 2 CN).

Ha dictaminado la Procuración del Tesoro de la Nación que “*no resulta posible modificar en forma unilateral los acuerdos entre la Nación y las provincias, por ninguna de ambas partes*”, y también que “*toda modificación del porcentual que le corresponde a las provincias en concepto de coparticipación impositiva, establecido a través de la negociación entre la Nación y las provincias, debe contar con la conformidad de todos los Estados intervinientes*” (Dictámenes, 103-6 y 201-36).

La competencia constitucional del “*organismo fiscal federal*” comprende, nada menos, que la determinación y composición de la masa coparticipable a distribuir y del cumplimiento de los requisitos por las asignaciones específicas que se le detraen (art. 75 inc. 3 CN), de la efectiva automaticidad de la remisión de los fondos, y de las correctas distribuciones o coparticipaciones de recursos denominadas “*primaria*”, al reparto entre la Nación y las provincias en conjunto, y “*secundaria*”, al que se produce entre las provincias entre sí.

También fiscaliza la relación directa de las porciones de cada sujeto de esas coparticipaciones con las competencias, servicios y funciones bajo responsabilidad de cada uno de ellos, de la efectiva determinación y aplicación de criterios objetivos de reparto para la asignación de los fondos, de presencia real de los principios inspiradores prescriptos por la constitución como son la equidad, la solidaridad y la priorización de perseguir un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio del país.

Ha advertido la doctrina que el alcance de este control no ha sido suficientemente meditado por los constituyentes de 1994 ya que la norma habilita controles recíprocos que importan fuertes injerencias en los destinos de los fondos tanto en la Nación como en las provincias; con el compromiso esencial de ser “*el instituto básico de la dinámica económico financiera nacional y sobre todo, además, la pieza central recíproca de control entre el Estado federal y las administraciones locales*” (Spota, 1996, 41).

#### **IV. Realidad actual de los “organismos” independientes constitucionales.**

Lamentablemente, en nuestro país se confunde el poder con el control del poder (Sánchez, 2009), pareciera que reina el principio de que sólo se tiene poder si no se está sujeto a control alguno. A más control menos poder. La lucha por sustraerse a todo control es un capítulo ordinario de la lucha por el poder. Es más, hasta se cuenta con algún consenso y con la pasiva tolerancia –equivalente a una aceptación implícita- aun de la pretendida oposición política en la misma medida en que es consciente de que eso es, precisamente, lo que haría ella de encontrarse en el desempeño del poder; y lo que hará, sin duda, cuando llegue.

En nuestra siempre perfectible democracia no hay poder que se precie de tal y a la vez tolere la actividad de los instrumentos institucionales de control sobre su actividad, sean que fueran éstos constitucionales o legales.

##### **A) Los “entes reguladores”.**

Como ya nos hemos referido, esta es la traducción criolla de los “*organismos de control de los servicios públicos*”, que fueron establecidos erróneamente como entidades autárquicas, descentralizadas de la Administración Nacional, en el ámbito de alguno de sus ministerios (Comadira, 644), que carecen absolutamente de posibilidades de controlar al Poder Ejecutivo Nacional y a los servicios que éste presta.

Por ello tampoco controlan las afectaciones que sufren la calidad y eficiencia de los servicios como consecuencia de los defectos de contratación y del pésimo nivel de exigencia del cumplimiento de las obligaciones –sobre todo de inversión- de los

prestadores privados en los servicios que fueron concesionados a empresas privadas. El fracaso, por rescisión contractual culpable, de las concesiones de explotación de los servicios de provisión de agua potable y saneamiento de las ciudades de Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza pusieron en evidencia, en distinto grado y medida, la frustración de la pretendida función de control independiente.

Si bien, los entes reguladores en general no pudieron ser capturados por las empresas privadas prestadoras, al menos no de un modo ostensible, sí lo fueron totalmente por la política coyuntural imperante del momento. Fueron anulados y colocados en un plano muy cercano a su intrascendencia, por el poder político que era, o –más precisamente- debía ser, también controlado por esos “*organismos*” de la constitución (Pérez Hualde, 2010, I, 723).

Una muestra de su notable intrascendencia y del pobre rol cumplido como instrumentos del control federal fue su lugar de “*asesores técnicos*” que por decreto del Poder Ejecutivo Nacional cumplieron en todo el proceso de renegociación, desarrollado en los últimos nueve años, de todos los servicios públicos de competencia Nacional que constitucionalmente les correspondía controlar (Pérez Hualde, 2010, I). Es más, en ese marco de renegociaciones, se supeditaron sus funciones en modo drástico por la Ley 25790 (art. 2º) que determinó que “*Las facultades de los entes reguladores en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias previstas en los marcos regulatorios respectivos, podrán ejercerse en tanto resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación que lleve a cabo el Poder Ejecutivo nacional*”.

En conclusión, los “*entes reguladores*” no son los “*organismos de control*” ni cumplen su rol constitucional. Contamos con algún grado de realización en organismos creados en algunas provincias pero sólo para los servicios que se prestan en ese marco jurídico y territorial individual.

### **B) La “Comisión federal de Impuestos”.**

La Ley 23548, de coparticipación federal de impuestos, dictada en 1985 –ocho años antes de la Reforma constitucional-, previó la conformación de una Comisión Federal de Impuestos que hoy está en funciones y que pretende ser el organismo fiscal contemplado por la nueva constitución. Está integrada por los ministros o secretarios de hacienda de las distintas provincias.

La mencionada Ley 23548, si bien es –material y formalmente- una ley convenio, dictada por el Congreso Nacional, que ha sido ratificada por las provincias, no es la que prevé la constitución reformada en 1994. Pues en ese momento ya existía y, no obstante ello, previó la creación del “*organismos fiscal*” y puso un plazo, diciembre de 1996, para el dictado de la “*ley convenio*” en la Cláusula Transitoria Sexta de la Reforma.

También es cierto que hubo numerosos y reiterados convenios de modificación de la mencionada Ley 23548 con posterioridad a la Reforma de 1994 y que en ellos no se menciona la realidad constitucional incumplida. Y ello es lógico por cuanto ni la ley vigente aludida, ni en los convenios interprovinciales posteriores, se han introducido los contenidos que la constitución ha ordenado respecto de servicios, competencias y funciones, ni sobre criterios objetivos de reparto, ni sobre controles recíprocos.

Es más, la Comisión se ha caracterizado por la esterilidad de su presencia. Durante la vigencia de sus funciones se ha producido la reducción más notable de margen objetivo de participación de las provincias en el total de los recursos recaudados por todo concepto por el Estado Nacional. Su actuación ha sido inocua a la hora de evitar esta concentración extraordinaria de recursos en violación directa del sentido esencial de la previsión constitucional.

Se ha contemplado cómo se detrajeron ingentes montos (15 %) para indemnizar al sistema previsional Nacional con motivo de la introducción del sistema de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y cómo, luego de su derogación y desaparición, aquellos montos siguen destinándose al mismo organismo previsional para que éste se convierta en el mayor soporte financiero del gobierno Nacional y de sus políticas, más allá de que se pueda coincidir o no con ellas.

Se ha verificado cómo en estos tiempos posteriores a la Reforma de 1994, se han prorrogado sistemas de promoción basados en la disposición y diferimiento –que es lo mismo- de impuestos coparticipables sin el respaldo de la asignación específica que permita su detracción de la masa común. Continúan sustrayéndose montos de fondos coparticipables para distribuir aportes del Tesoro de la Nación a municipios, no a provincias, y para fines extraordinarios, y no para gastos ordinarios, en total infracción a los requisitos constitucionales (art. 75 inc. 9 CN) (Pérez Hualde, 2003, I).

La realidad actual, que arrastramos desde hace mucho tiempo, llevó a la doctrina a afirmar que *“las deudas pendientes del Congreso Nacional constituyen un escándalo institucional: entre ellas, la coparticipación, que debe tener índices de solidaridad y eficacia”* (Frías, 1998, 117).

En conclusión, tampoco existe, de un modo apropiado y acorde al establecido por la constitución Nacional, el *“organismo fiscal federal”* que debía cumplir sus funciones constitucionales antes de finalizar el año 1996, según lo ordenaba la cláusula transitoria sexta.

## **V. Reflexiones finales.**

Luego del análisis efectuado surgen algunas afirmaciones que consideramos que pueden tomarse como primeras conclusiones y que pueden dar lugar a nuevas comparaciones y reflexiones. También pueden servir de base a decisiones encaminadas en un nuevo rumbo tendiente a realizar los valores perseguidos por el constituyente de 1994, hace ya dieciséis años.

Las *“administraciones independientes”*, a diferencia de las administraciones instrumentales, constituyen un producto del diseño constitucional y no de la organización administrativa como éstas. Por ello integran la realidad de la división del poder del sistema político; pues afectan la división horizontal del poder y se suman a los órganos ejecutivo, legislativo y judicial con protagonismo propio.

En los países federales también afectan, además, la división vertical del poder, de base territorial –entre gobierno federal y gobiernos provinciales o regionales-, por lo cual, y para no alterar esa forma de estado, se hace imprescindible la integración activa

y la participación eficiente de las provincias, o de los estados federados, en la estructura de conducción de las “*administraciones*”.

En los regímenes constitucionales de Colombia, España, Italia, Argentina, entre otros, se han introducido “*administraciones independientes*” con la finalidad de asegurar la fortaleza de políticas públicas en sectores donde existe un interés preponderante por su influencia en la calidad de vida de su población. Este interés suele centrarse en temas específicos como los servicios públicos, la política nuclear, el manejo de información personal, los medios de información, la administración monetaria o del crédito, la distribución de recursos en un régimen federal, etc.

El objetivo principal de la “*administración independiente*” es su desvinculación de la política partidaria coyuntural del gobierno de turno, por una parte, y de los centros de poder privados, por la otra. Es el fruto de una fuerte desconfianza de la población hacia las respuestas livianas y electoralistas, o –lo que es lo mismo- clientelistas, frente a temas que responden, o deben responder, a políticas estructurales o, también denominadas, “*de estado*”.

Los “*organismos independientes*” tienen por finalidad garantizar frente al gobierno y a la oposición, y a los sectores de poder informal, el manejo objetivo y profesionalizado de un sector de importante gravitación en la comunidad. No es un manejo exclusivamente técnico porque siempre responde a una concepción política, aunque no de partido. Las “*administraciones independientes*” no están fuera de la política, están en ella de otro modo.

Por las razones expuestas, las administraciones deben ser realmente independientes; y para lograrlo, además de los textos de rango constitucional que le sirvan de respaldo normativo lógico formal, necesitan contar con resortes efectivos en los planos imprescindibles para garantizar su capacidad de decisión no sumisa a poderes extraños.

Es necesario que las “*administraciones*” cuenten con efectiva independencia respecto de los órganos cuyo funcionamiento y ejercicio de sus competencias cae bajo el control efectivo de ellas. También debe contar con clara independencia de aquellos núcleos de poder, muchas veces privados, especialmente interesados –cuando no beneficiarios directos o indirectos-, en los resultados del accionar de esos órganos controlados. Tal el caso de las empresas concesionarias de los servicios públicos, de las de multimedia, de las fabricantes y comercializadoras de elementos para la industria nuclear, etc.

Es fundamental garantizar la no injerencia de los controlados en el diseño de la metodología de designación y de remoción de las autoridades de las “*administraciones independientes*”; tampoco deben estar sujetas a factores extraños sus fuentes de recursos económicos para su sustento y para la debida asignación interna de las remuneraciones y de los gastos e inversiones –ello sin perjuicio de los controles de cuenta habituales que recaen sobre todo el sistema financiero público-; sus procedimientos de decisión –sin perjuicio de la aplicación interna del Derecho Administrativo- deben estar por fuera de la estructura de control de tutela de alguno de los órganos controlados, en especial, del ejecutivo y de su Administración Central; y,



finalmente, deben contar con capacidad para diseñar su propia organización y sistema de gestión, para lo cual es esencial su capacidad propia de asignación de recursos.

No es imprescindible, aunque sí conveniente, que las “*administraciones*” cuenten con personería y patrimonio propios, tampoco que su naturaleza sea totalmente estatal, pero sí lo es que ésta sea pública.

Es importante no confundir independencia con neutralidad; la “*administración independiente*” responde, desde esa independencia y con imparcialidad –que no es lo mismo-, a un compromiso de tipo político estructural que la obliga a la defensa de algún sector normalmente desprotegido de la sociedad, ya sea en forma permanente o en forma coyuntural frente a determinadas situaciones específicas.

Así ocurre con las “*administraciones*” que deben defender a los usuarios de los servicios públicos, a los consumidores en general, a la comunidad entera frente a las decisiones en el sector de la energía nuclear y de la protección del ambiente; frente a la manipulación de los datos personales, a los estados federados ante los órganos que recaudan y distribuyen los recursos federales, etc.

Por las razones expuestas es que las “*administraciones independientes*” deben contar necesariamente con personal especializado de gran capacitación y un alto grado de profesionalismo, pues su tarea es, además de política, fundamentalmente técnica. Pues su tarea consiste normalmente en comprobar, inspeccionar, fiscalizar, revisar, determinar criterios de control, aconsejar, sugerir, propender a conciliar sectores contrapuestos dentro de un mismo campo de acción, etc.

No obstante, el poder político, que en estos tiempos se presenta con tendencias muy fuertes a su absolutización, con fuertes contenidos autoritarios, sobre todo en el terreno de la Administración Pública, a la vez que provoca la necesidad de existencia de estas “*administraciones independientes*” también se constituye en su principal enemigo.

Desde una concepción, tan moderna como errónea, que visualiza al poder más debilitado cuanto más controlado, la reacción natural de los órganos de ejecución frente a estos organismos, que vienen con pretensiones de ejercer algún control sobre ellos, y –consecuentemente- restarles poder efectivo, es de resistencia –primero-, de intento de captura –después- y de combate en caso necesario.

El combate a las “*administraciones independientes*” consiste normalmente en la limitación y afectación de sus finanzas, en la judicialización innecesaria de sus decisiones, en la descalificación personal de sus integrantes y conductores, etc.

La debilidad real de ese poder político ante los embates de los poderes reales –sobre todo económicos-, no obstante su creencia de fortaleza, es otra de las causas que han hecho imprescindible la existencia de las “*administraciones*” que garanticen el control sobre las áreas críticas.

Finalmente, consideramos que las “*administraciones independientes*” son la consecuencia inevitable de la mayor sofisticación de los medios y extrema velocidad de los procedimientos de los actuales órganos políticos ejecutivos y de los poderes económicos concentrados. Son ellos quienes han provocado la necesidad imperiosa de que el sistema político fundamental se defienda inventando instrumentos acordes a esas notas típicas

que imponen respuestas acordes a los medios empleados, como garantía de preservación de principios tan antiguos como el hombre como son aquellos que fundan el Estado de Derecho como garantía de la libertad y del crecimiento integral de la comunidad y de sus miembros.

La reforma Constitucional de 1994 incorporó organismos independientes a la constitución Argentina para el control y fiscalización de los servicios públicos (art. 42 CN) y de la recaudación y reparto de la coparticipación federal de impuestos (art. 75 inc. 2 CN).

Ambos “*organismos*” fueron creados por la constitución y sujetos a su reglamentación por ley del Congreso; en el caso del “*organismos fiscal federal*” la ley debe ser una “*ley convenio*” con participación institucional de las provincias.

Ambos “*organismos*” cuentan con participación protagónica de las provincias, que son los sujetos del régimen federal argentino.

Ambos “*organismos*” tienen como finalidad controlar fundamentalmente al Poder Ejecutivo Nacional; en el caso de los servicios públicos, porque es él quien los presta directamente o, en su caso, licita su concesión o licencia, los contrata y los regula; y en el de la coparticipación, porque es él quien recauda los recursos coparticipables a través de un órgano dependiente del Ministerio de Economía (AFIP) y porque es quien los distribuye.

En la fiscalización y control de la coparticipación federal el Congreso de la Nación y las provincias son también sujetos controlados por el “*organismo fiscal federal*” en la medida en que sus leyes podrían afectar diversos puntos constitucionales, en especial el de impedir la modificación unilateral o la pretensión de reglamentar la “*ley convenio*”.

Los “*entes reguladores*” de los servicios públicos creados por leyes y decretos hoy vigentes y en funciones no son los “*organismos de control*” previstos por la constitución porque carecen de independencia respecto del Poder Ejecutivo. Tampoco cumplen su misión de control.

La “*comisión federal de impuestos*” no llena el cometido constitucional porque, aunque su composición respetaría los lineamientos trazados por el art. 75 inc. 2 CN, no ejerce un control efectivo sobre la aplicación de la mencionada norma.

Los argentinos tenemos como tarea pendiente aún varios de los puntos regidos por nuestra constitución Nacional y por su Reforma de 1994; especialmente en sus –por ahora frustrados– cometidos expresos de fortalecer el federalismo y de atenuar el presidencialismo.

La puesta en efectiva vigencia de nuestros “*organismos independientes*” es una de ellas y no es menor; pues inter tanto los controles que están destinados a cumplir hoy no se cumplen y las consecuencias de la falta de control son plenamente comprobables en el terreno institucional. Tanto el sector de los servicios públicos como el del reparto de la coparticipación federal de impuestos están en grave crisis y son motivo de profusos reclamos.

Seguimos a la espera.

Chacras de Coria, 18 de mayo de 2011.

### **Bibliografía.**

Ariño Ortiz, Gaspar, Sobre la naturaleza y razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario, en Redae, Revista Electrónica de Derecho Administrativo Económico, n° 10, maio/junho/julio 2007, Salvador de Bahía.

Bermejo Vera, José, La administración inspectora, en Francisco Sosa Wagner, El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1253 y sgs.

Bianchi, Alberto, El Ministerio Público, ¿un nuevo poder? (reexamen de la doctrina de los órganos extrapoder), en revista El Derecho, tomo 162, p. 139 y sgs.

Bidart Campos, Germán José, Derecho Constitucional del poder, Ediar, Buenos Aires, 1967.

Compendio de Derecho Constitucional, Ediar, Buenos Aires, 2004.

Canda, Fabián O., Los órganos extrapoderes, Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, Organización administrativa, función pública y dominio público, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.

Cardenal, Andrés, El caso Lehman Brothers: explicaciones y consecuencias, en el sitio de internet "Inversor Global", <http://www.inversorglobal.com.ar/noticias/research/>, 15 de septiembre de 2008.

Cartei, Gian Franco, Il servizio universale, Giuffrè Editore, Milano, 2002.

Comadira, Julio Rodolfo, Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios, prólogo de Miguel S. Marienhoff, segunda edición actualizada y ampliada, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

D'Alberti, Marco, Poteri pubblici, mercati e globalizzazione, il Mulino, Universale Paperbacks, Bologna, 2008.

Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de 1994, Santa Fe, T III.

Embid Irujo, Antonio, El derecho de la crisis económica, Prensas Universitarias de Zaragoza, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2009.

Fernández Rojas, Gabriel, Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España, Vniversitas n° 109, Pontificia Universidad Javierana, Bogotá, 2005, p. 419-460 (también en <http://redalyc.uaemex.mx>).

Forsthoff, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

Frías, Pedro José, La descentralización, revista “La Ley”, tomo 1995-E, p. 960, Buenos Aires, 1995.

El proceso federal argentino II, estudio preliminar del prof. Alberto Castells, Córdoba, 1998.

García Belaunde, Domingo, La distribución territorial del poder en Iberoamérica (con especial referencia a la Argentina, Colombia, Chile y Perú), en Derecho y Sociedad, Lima, núm. 10, 1995; también en Jorge Miranda, coordinador, Perspectivas Constitucionais, Vol. 1, Coimbra, 1996.

García Roca, Javier, Del principio de la división de poderes, en Raúl Modoro y Pedro de Vega, directores, Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú, tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Servicio Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

González, Joaquín V., Manual de la constitución Argentina (1853-1860), actualizado por Humberto Quiroga Lavié con referencia a la Constitución de 1994, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Gordillo, Agustín A., Comentarios, en Alejandro Nieto y Agustín Gordillo, Las limitaciones del conocimiento jurídico, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

Hesse, Conrado, Significado de los derechos fundamentales, capítulo III en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manual de Derecho Constitucional, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.

Lagarde, Fernando M., El control de la Administración Pública Nacional por las provincias, en Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Cuestiones de control de la Administración Pública. Administrativo, legislativo y judicial, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 727 y sgs.

Linares Quintana, Segundo V., Régimen constitucional de las relaciones económicas entre la Nación y las provincias, en revista “La Ley”, 1992-A-717.

Loñ, Félix R. y Augusto M. Morello, Lecturas de la Constitución, Librería Editora Platense y Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

Magide Herrero, Mariano, Límites constitucionales de las administraciones independientes, INAP, Serie Administración General, Madrid, 2002.

Mairal, Héctor, El concepto de servicio público en el derecho argentino actual, en Servicio público, policía y fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2004.

Melo Salcedo, Ileana Marlitt, Los órganos autónomos e independientes, sitio de internet de Universidad Sergio Arboleda, Colombia ([www.usergioarboleda.edu.col](http://www.usergioarboleda.edu.col)).

Merusi, Fabio y Michele Passaro, Le autorità indipendenti. Un potere senza partito, il Mulino, Bologna, 2003.

Napolitano, Giulio, I servizi pubblici, en Sabino Cassese (dir.), La nuova costituzione economica, 4ta. edición revisada y actualizada, Editore Laterza, Bari, 2007.

Palazzo, Eugenio L., Órganos extrapoderes e intrapoderes en la reforma constitucional de 1994, en revista La Ley, tomo 1996-C, p. 1095 y sgs.

Parada, Ramón, Derecho administrativo, tomo II, sexta edición, Marcial Pons, Madrid, 1992.

Pérez Hualde, Alejandro, Coparticipación federal de impuestos en la constitución Nacional, Depalma, prólogo de Enrique G. Bulit Goñi, Buenos Aires, 1999.

(I) Coparticipación federal: el sistema en crisis, en Víctor Bazán (coord.), Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 1197-1206.

(II) Competencia para la regulación de los servicios públicos, en Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2003, (p. 287-297).

Descentralización administrativa, en Ochoa Monzó y otros, Derecho Administrativo, presentación de Jorge Danós Ordóñez y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Lima, 2004, p. 695-723.

El sistema de protección constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo XLV, Año Académico 2006, República Argentina, Córdoba, 2007, p. 91 a 113.

(I) Servicios públicos: los “entes reguladores” no son los “organismos de control” del art. 42 CN, en Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Cuestiones de control de la Administración Pública. Administrativo, legislativo y judicial, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 715 y sgs.

(II) La reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las provincias, en Suplemento de Derecho Constitucional, Dir. María Angélica Gelli, Editorial La Ley, Buenos Aires, jueves 11 de febrero de 2010, p. 13-26. También en la [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) revista telemática del Osservatorio sul federalismo e i processi di governo, de Roma Italia, 29 de diciembre de 2010.

(III) El marco regulatorio de los servicios públicos, en Daniel S. Sabsay (director) y Pablo L. Manili (coordinador), Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 2, Artículos 36/43. Nuevos derechos y garantías, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 353-383.

Pierce Jr, Richard J y Ernest Gellhorn, Regulated industries in a nutshell, 3<sup>rd</sup> edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1994.

Pomed Sánchez, Luis Alberto, Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes, en Revista de Administración Pública, n° 132, Septiembre-diciembre 1993, Madrid, p. 117 y sgs.

Rallo Lombarte, Artemi, Las administraciones independientes: una aproximación constitucional, en Cristina Pauner Chulvi y Beatriz Tomás Mallén, coord., Las administraciones independientes, Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Rivero Ortega, Ricardo, Derecho Administrativo Económico, cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Salomoni, Jorge Luis, Teoría General de los servicios públicos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Sánchez, Alberto, El control y el control del poder, en Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Cuestiones de control de la Administración Pública. Administrativo, legislativo y judicial, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 205 y sgs.

Spota, Alberto A., La división de poderes en la emergencia, en revista "La Ley", tomo 1992-A, p. 689 y sgs., Buenos Aires, 1992.

Sistemas de controles de la administración pública en la Constitución Nacional y sus mecanismos operativos posibles, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Leyes reglamentarias de la reforma constitucional. Pautas y sugerencias fundamentales, Buenos Aires, 1996.

Tornos Mas, Joaquín, La actividad de regulación, en Francisco Sosa Wagner, El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1329 y sgs.

La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del consell audiovisual de catalunya, en revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Derecho Privado y Constitución, n° 17, Enero-Diciembre, Madrid, 2003.

Varone, Stefano, Servizi pubblici locali e concorrenza, en Nuovi problemi di amministrazione pubblica, studi diretti da Franco Gaetano Scoca, Giappichelli, Torino, 2004.

Zorraquín Becú, Ricardo, El federalismo argentino, Buenos Aires, 1958.