

Título: Presente y futuro de la regulación económica.

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1996-C, 1122

Cita: TR LALEY AR/DOC/20266/2001

Sumario: SUMARIO: I. Liminar sobre la regulación económica. -- II. Una nueva concepción del servicio público. -- III. El requisito de la "publicatio". -- IV. Sobre las modificaciones a introducir en las prácticas y en el régimen regulatorio. -- V. La duplicidad de los controles. La necesidad de reafirmar la especialidad y exclusividad del control de los entes reguladores.

I. Liminar sobre la regulación económica

Una de las premisas en que se asienta el éxito de todo procesado de privatización de los servicios públicos radica en lo que se conoce por regulación económica.

El retorno a los sistemas de gestión privada de los servicios públicos ha transformado el papel que venía cumpliendo el Estado hasta el instante mismo de la operación privatizadora y lo convierte en árbitro de una nueva situación, al tiempo que se producen una serie de desprendimientos o segregaciones de actividades que, no obstante no calificarse como servicios públicos, aparecen reguladas por el Estado en virtud del interés público que trasuntan las respectivas prestaciones y su evidente conexión con aquello que estrictamente se reserva para el servicio público.

Lo que no parece viable a esta altura del proceso de transformación del Estado es pretender aplicar a la nueva situación producida por la reforma, los principios y las recetas que contenía el molde del Derecho administrativo clásico, que no sólo contribuyó a la quiebra del sistema de gestión privada de los servicios públicos (aun cuando también existieron motivaciones políticas) sino que resulta hoy insuficiente (la más de las veces) para captar y regular una serie de hechos económicos que se van produciendo en los países más avanzados. Este es un punto de partida no ignorado por los protagonistas de la regulación.

Tampoco se ignora el distinto sentido que adquiere la propia idea de regulación económica al perseguir como principal objetivo, en beneficio de los consumidores o usuarios, la promoción de la competencia --tanto perfecta como imperfecta-- y de las libertades del mercado [\(1\)](#), en la medida de lo posible, sin perjuicio claro está, de otros fines también trascendentes, como la protección ambiental, la estabilidad de los suministros, la eficiencia y calidad de los servicios y la protección de los derechos de los usuarios.

En Argentina, uno de los países que cuenta con un sistema bastante adelantado en la materia, todas esas finalidades han sido recepcionadas primero en los marcos regulatorios establecidos para cada actividad sectorial y más tarde, en la reforma constitucional de 1994 [\(2\)](#).

Luego de haberse afirmado los postulados del Estado Subsidiario [\(3\)](#) de lo que se trata ahora es de alcanzar la necesaria convergencia entre la realidad económica y las diversas técnicas jurídicas a fin de poder introducir los cambios y adaptaciones que reclama la nueva cultura sobre la regulación económica.

Una regulación económica que desplace algunas de las notas y defectos que vienen pesando sobre el proceso regulador dotando, por una parte, a los entes reguladores de los instrumentos necesarios para contribuir más eficazmente a los fines de la regulación, y por la otra, garantizar a los destinatarios (concesionarios y usuarios) la estabilidad y justicia de las reglas y soluciones que emanan de las autoridades regulatorias.

Adviértase, entonces, que más que enjuiciar las tareas que despliegan los diferentes protagonistas de la regulación (concesionarios, clientes y entes reguladores) lo que verdaderamente importe es enfrentar con objetividad el alcance y los efectos de una distinta concepción estatal sobre la economía donde las decisiones que se adopten requieren "el dominio de los fundamentos sobre los que se apoyan, económicos, comerciales, técnicos e incluso políticos"[\(4\)](#).

Lo expuesto revela el carácter interdisciplinario del fenómeno regulatorio que sin duda acrecienta la necesidad del trabajo común entre los diversos campos profesionales que desempeñan las actividades involucradas en este fenómeno. El producto de esta interacción, que se viene dando tanto en las empresas como en los entes regulatorios, debe tender, como es lógico, hacia el reconocimiento de unas reglas y principios comunes para dotar al sistema de la mayor seguridad jurídica que sea posible, frente a la incertidumbre que plantean los vacíos legales y/o técnicos y la aparición de problemas antes desconocidos o donde, al menos, se configura un limitado poder discrecional para crear una nueva fórmula técnica o jurídica.

Por ello, quizá lo más trascendente de un proceso de regulación es que ese mecanismo de interacción interdisciplinaria se extienda también a grupos de trabajo que se conformen entre reguladores y regulados, donde fluya un intercambio leal de información y de criterios técnicos para dotar a la decisión de los entes

reguladores de una mayor dosis de factibilidad y razonabilidad y, en suma, de realismo.

Ese realismo, que traduce la colaboración recíproca no puede implicar la captura de unos ni de otros sino la captura por el bien común, que desprecia las resoluciones adoptadas bajo la presión de los factores de poder (como la prensa, los partidos políticos, las organizaciones de consumidores y hasta el propio poder empresario) que suelen intervenir activamente en los procesos de toma de decisiones, desviando a los reguladores de los fines esenciales que presiden su actuación.

De lo contrario se perderían las ventajas que implica la creación de un conjunto de entes reguladores caracterizados por su independencia y especialidad, ya que si éstos se contagian de los defectos que se le adjudica a la regulación burocrática o centralizada, dependiente de la Administración y por tanto influenciada más directamente por consideraciones políticas, no se justifica su creación institucional.

Ahora bien, a esta altura de la evolución histórico-política el concepto tradicional del servicio público se encuentra ante una nueva crisis y hasta se sostiene que su ciclo ha terminado, que hay que hacerle un digno entierro, al haber cambiado sustancialmente los presupuestos económicos y sociales sobre los que esta institución alcanzó un grado espectacular de desarrollo (5).

Sin embargo, pensamos que, al menos en Argentina (6), la supervivencia del servicio público, acotado por el principio de subsidiariedad y adaptado a las nuevas finalidades de la regulación, constituye un dato de la realidad que no puede soslayarse.

En un trabajo anterior (7) sostuvimos que resulta erróneo atribuir a Duguit la paternidad de la teoría del servicio público. Más aún, el servicio público (8), no recibe una sola impronta ideológica, constituyendo una técnica instrumental que, como categoría histórica, irrumpe en las relaciones entre Sociedad y Estado.

En la misma línea de esa idea, ha señalado recientemente Meilán (9) que, aun cuando resulta en cierto modo paradójico, el origen de la noción doctrinaria pertenece al decano Hauriou.

Para este autor, el Derecho administrativo se encuentra más orientado hacia la gestión de los servicios públicos que a la pura policía (10) y constituye una noción capital del "régimen administrativo", junto con el poder público. Mientras el servicio público configura el fin que persigue la obra que lleva a cabo la Administración Pública, el poder público implica el medio de realización de dicha finalidad que autolimita el poder por la "idea de servicio" (11). Como puede apreciarse, nada más lejos de la concepción estatista que desarrolló la denominada Escuela de Burdeos, con Duguit a la cabeza, que idealizó al Estado como titular de derechos objetivos anteriores a éste. Además, al desplazar la idea de poder público, con fundamento en una concepción pretendidamente antiautoritaria y solidarista y hacer del Estado una suerte de cooperativa de servicios públicos, se dio otra paradoja pues, en definitiva, desaparecieron los límites materiales del poder público, el que pudo ser ejercido discrecionalmente por el Estado con el objeto de cumplir con sus responsabilidades sociales en aras del interés general (12).

En sus orígenes, como se ha señalado, "la concesión del servicio público, es decir, su gestión por los particulares, es el único medio que el Estado entendía entonces para satisfacer esas demandas"... de una sociedad cada vez más industrial y urbana (13). Pero, la ideología socialista que latía en la concepción de Duguit, al transformarse en una concepción autoritaria y estatista, generó una quiebra profunda en el sistema de la concesión al punto que el Estado terminó haciéndose cargo de la gestión directa de los servicios públicos (14). Es lo que se conoce como el proceso de nacionalización de los grandes servicios públicos (especialmente los llamados industriales o comerciales) que más tarde, en la era del "Estado de Bienestar", alcanzó un nivel de generalización prácticamente total, siendo muy pocos los países que pudieron sustraerse al influjo estatizante.

A partir del proceso de transformación del Estado, en un marco ideológico que tiende a reducir la categoría del servicio público a determinadas actividades esenciales o primordiales, se observa, de una parte, el repliegue estatal que se traduce en el abandono de la gestión directa y, de otra, la aparición de la competencia como fundamento de la eficiencia con base en la ideología de la libertad de mercado, actuando los derechos fundamentales como límites naturales que acotan el alcance de la institución.

Esta idea que, en cierto sentido, no contradice a la concepción de Hauriou, armoniza plenamente con el principio de subsidiariedad y comienza a incorporarse en las legislaciones y textos constitucionales.

Un reflejo nítido de ello se advierte en nuestra Constitución Nacional reformada (en su art. 42) que impone a las autoridades proveer "a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales" y "al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos".

En una corriente que guarda semejanza con la nuestra, la Constitución española, si bien no ha asignado rango positivo al principio de subsidiariedad que figuraba anteriormente en el ordenamiento español, ha prescripto que las empresas públicas creadas por el Estado para gestionar servicios públicos deben actuar con

arreglo al principio de economía de mercado establecido en el art. 32, el que juega de este modo como un límite a la acción interventora del Estado.

II. Una nueva concepción del servicio público

Si se penetra en el meollo del problema se advierte que la institución del servicio público precisa de una justificación y delimitación adecuadas para atribuirle sentido en un mundo que vuelve, con todos los matices y peculiaridades diferenciales, al juego de las leyes del mercado aunque, ahora, bajo el arbitraje de un Estado que actúa en defensa de la competencia.

Esa delimitación (que achica el campo de la noción tradicional) se opera en tres sentidos, al circunscribirse en primer lugar, a determinadas actividades que resultan primordiales⁽¹⁵⁾ o esenciales ⁽¹⁶⁾ para la satisfacción de las necesidades de la comunidad que no resulta posible llevar a cabo mediante un régimen de libre competencia. Estas actividades económicas deben ser gestadas por los particulares. No es función del Estado perseguir el lucro ni crear la riqueza (como decía Hauriou) y en esta idea subyace otra clarísima aplicación del principio de subsidiariedad.

Por otro lado, mientras la técnica del servicio público se limita a las prestaciones de naturaleza económica que crean o generan relaciones singulares con los habitantes donde las inversiones se retribuyen con el producido de la explotación de la actividad en los llamados servicios sociales o asistenciales⁽¹⁷⁾ el principio fundamental aplicable es el de la solidaridad. En estos casos --a diferencia de los servicios públicos-- la responsabilidad por la satisfacción de las necesidades sociales recae directamente sobre el Estado o bien, resultan satisfechas por los particulares mediante el otorgamiento de subvenciones o subsidios.

El último de los resguardos que permite frenar la fuerza expansiva, que había adquirido, en su momento, la institución del servicio público, se vincula con el carácter obligatorio⁽¹⁸⁾ que precisa reunir la prestación privada para ser regida por el derecho administrativo a través de un régimen especial.

Como puede advertirse, las notas centrales de la noción (satisfacción de necesidades primordiales, contenido económico de la prestación y obligatoriedad) se encuentran estrechamente relacionadas con el nuevo sentido que persigue la figura al propugnar la competencia en todo el residuo de actividades privadas las que, aun cuando sean de interés público, no se rigen, en tanto sea admisible el ejercicio de las libertades del mercado, por el régimen administrativo del servicio público.

El principio de la competencia explica la razón por la cual, también en aquellos supuestos donde los marcos regulatorios las respectivas concesiones o licencias consagran privilegios de exclusividad, se imponga a los prestatarios la obligación de "libre acceso" ("open acces") a la red de transporte (gas, electricidad, telefonía básica) ⁽¹⁹⁾.

Pero, aún no ha caído el telón en este vasto escenario jurídico que acota la noción jurídica del servicio público. Para completar la escena faltan todavía dos elementos; la "publicatio", que requiere también de una adaptación al nuevo sentido del concepto y el régimen especial o exorbitante ⁽²⁰⁾.

III. El requisito de la "publicatio"

En efecto, la concepción del servicio público aparece, en las tendencias doctrinarias elaboradas en este siglo, completada con esas dos características que pronto pasan a asumir un papel fundamental para dicha categoría jurídica. La primera relativa al régimen jurídico especial del servicio público, fue desenvuelta, principalmente, por la escuela de Burdeos destacándose, actualmente, como aspecto principal y distintivo, el carácter obligatorio de la prestación. En cambio, la segunda nota, sostenida por Villar Palasi y la mayoría de la doctrina española que abordó el tema a partir de 1950, pone el acento en la declaración formal de asunción de la titularidad de una determinada actividad por parte del Estado ("publicatio").

Y cuando parecía haberse superado el llamado problema de la crisis del servicio público, que tuvo su génesis las nacionalizaciones, producidas al finalizar la segunda guerra mundial y la consecuente asunción de su gestión por el Estado, se produjo, en un movimiento circular, a raíz del proceso de privatizaciones, una vuelta de tuerca en la concepción del servicio público, que volvió a ser una técnica de gestión esencialmente privada ⁽²¹⁾.

Ese retorno no es causal. Antes bien, es el resultado de la necesidad de adaptar el régimen jurídico del servicio público, prestado hasta entonces por el Estado, a una realidad que plantea la limitación del poder público y la aparición de las cargas y garantías de los concesionarios en forma paralela a la protección de los derechos (sobre todo las libertades) de los usuarios.

Hay que puntualizar también que, al privatizarse algunas actividades que no satisfacen necesidades primordiales de los habitantes, se opera una transferencia de la titularidad pública hacia la privada (v.gr. la actividad de radiodifusión y televisión) sin escapar a la regulación estatal, justificada por el hecho de tratarse de

actividades de interés público (22) lo que, en definitiva, implica acotar la tendencia expansiva que había alcanzado la institución del servicio público.

Este proceso ha desorientado a más de una cabeza doctrinaria y por ahora resulta incierto predecir cuál será la tesis que prevalecerá en el campo jurídico del futuro. En efecto, hoy están desde los que siguen aferrados al criterio clásico, los que proponen directamente suprimirlo o reemplazarlo con categorías provenientes del derecho anglosajón --como el servicio universal-- hasta los que estamos intentando combinar los elementos originarios y sus notas complementarias, con los principios de una nueva realidad económica, asumida como tal por la política legislativa.

En ese contexto, uno de los primeros intentos ha consistido en la pretensión de suprimir la "publicatio" como nota central de la categoría del servicio público (23), como si esta figura fuera la causante del régimen autoritario y estatista que llegó a caracterizar el servicio público en determinadas épocas históricas.

Sin embargo, lo único que implica la "publicatio" es la transferencia --fundada en la necesidad (24) y trascendencia social-- de la titularidad privada a la pública, o bien, cuando de privatizaciones se trata, viene a fundamentar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público a través de la gestión privada de una determinada actividad. Todo lo demás que suele achacarse a la "publicatio" no es más que aquello que es propio del régimen jurídico especial que tipifica a los servicios públicos y, a lo sumo, traduce discrepancias (en su mayor parte fundadas) con la decisión estatal de disponer la "publicatio" en sectores donde es posible un régimen de actividad económica abierto y competitivo. Por lo demás, la "publicatio" no implica atribuir al Estado derecho real alguno. En rigor, ella traduce la incorporación de una actividad al sistema del derecho público y tan solo expresa la decisión estatal de que una determinada actividad se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial. En cualquier caso esa declaración formal se encuentra limitada por el principio de subsidiariedad del que se desprende, a su vez, la idea de acotar el servicio público a las actividades esenciales o primordiales que satisfacen necesidades públicas.

En una línea similar, en la doctrina española se ha sostenido que el principio del Estado Social de Derecho y el papel medular que, en dicho sistema, cumplen los derechos fundamentales imponen una doble limitación al servicio público como título de intervención del Estado, por aplicación de la norma contenida en el art. 128.2 de la C. E., se encuentra limitado por la eficacia de los derechos fundamentales y el carácter esencial que tipifica la actividad (25).

En suma, la declaración formal no posee contenido patrimonial alguno que le permita ejercer al Estado el dominio sobre el servicio concedido o los bienes a él afectados. Por esa causa, va de suyo que la "publicatio" nunca justifica el desplazamiento del concesionario y la correlativa asunción de la gestión directa del servicio público por parte del Estado.

En relación a este requisito se ha señalado que el gran cambio en los servicios públicos de los años noventa consiste en aceptar la compatibilidad de las cargas y prerrogativas de derecho público con la competencia dentro y fuera del servicio (26), con lo que estamos de acuerdo. Pero de ahí a sostener que hay que abandonar la idea de la "publicatio" específica para reemplazarla por una noción ambivalente o si se quiere, polifacética, como es la noción de regulación económica(27), media una gran distancia y sólo la tecnología del futuro nos dirá si la distribución del gas o de la electricidad --por ejemplo-- podrán llevarse a cabo bajo un régimen abierto de competencia como también si la exclusividad (28) o el monopolio y las prestaciones obligatorias, desaparecerán de los futuros regímenes jurídicos a raíz de las innovaciones tecnológicas (29).

Mientras tanto, seguirá siendo necesario distinguir --en el campo de la regulación económica-- los servicios públicos de las llamadas actividades de interés público porque el problema que plantea la naciente realidad no se resuelve con la unificación de todas las regulaciones sino más bien con el reconocimiento de la especialidad y diversidad que posee el servicio público, en relación con otras actividades de interés público que no se imponen como prestaciones obligatorias. En la actualidad, el servicio público se desenvuelve en un marco tendiente a segmentar los mercados y generar la máxima libertad compatible con la calidad y eficiencia de las respectivas actividades que, en algunos ordenamientos, como el argentino (30), se ha transformado en un deber del Estado.

IV. Sobre las modificaciones a introducir en las prácticas y en el régimen regulatorio

Algunos han pensado en que es conveniente eliminar el servicio público. Pero, es indudable que la mayoría de las críticas remiten a la llamada escuela francesa del servicio público lo cual no implica que sea necesario suprimir esta categoría jurídica, como propician quienes (31) le achacan la culpa de todos los males que trajo el estatismo. En certeras palabras de Ariño:

"Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social demanda; hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los

servicios y las prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica..."(32).

En Argentina en cuanto a las mejoras que hay que introducir en el ordenamiento más que modificar la estructura de los entes reguladores habrá que bregar porque mantengan su independencia del poder político. Más que cambiar las reglas de juego modificando todos los marcos regulatorios en un código o algo parecido (33) lo que hay que hacer es mejorar determinadas prácticas regulatorias, perfeccionar los marcos jurídicos existentes y evitar la duplicidad de los controles a las empresas reguladas. La introducción de dichas mejoras en los distintos ordenamientos no excluye la posibilidad de unificar los principios y normas que sean comunes a todas las regulaciones, sin afectar los derechos adquiridos ni la diversidad sectorial propia de los marcos regulatorios existentes. De todo ello nos ocupamos, en sus grandes lineamientos, a continuación.

IV. 1. Importancia de las prácticas regulatorias

Se ha dicho que "tan importante como el régimen legal, teórico, es la práctica regulatoria"(34) y que:

"En la moderna regulación de los servicios públicos hay que distinguir dos cosas, ambas importantísimas: el régimen legal, teórico, y la práctica regulatoria. El régimen o esquema regulatorio, definidor de los derechos y deberes de los operadores --autoridades, concesionarios y gestores, usuarios-- es fundamental. Debe ser claro, estable, equilibrado, debe contener reglas y principios creíbles que inspiren confianza a los operadores; pero, por su propia naturaleza, no definen con precisión soluciones cerradas a las múltiples conflictos que la realidad ofrece, sino que han de formular criterios flexibles de actuación, en función de los objetivos --estos sí, firmemente asentados-- y de las circunstancias del momento. Así, la apreciación o no de si existe poder de mercado (market power) en una determinada área de actuación, o de si hay o no capacidad disponible en la red para el acceso de terceros, o la cuantía y condiciones de los aportes financieros exigibles a aquellos usuarios que requieren nuevas conexiones en el servicio o un aumento sustancial de potencia, o la apreciación del canon de peaje exigible para la interconexión y el transporte de energía (o de señales) por la red, son todos ellos problemas que los reguladores han de resolver, pero que no pueden ser predeterminados ex ante en los textos legales. Hay que dejarlos --en alguna medida-- al juicio discrecional o técnico de los órganos competentes, lo que implica que tan importante como las regulaciones son los reguladores encargados de su aplicación. Tan importante como el diseño de la norma es la formación, la calidad, y la ejemplaridad de los hombres y mujeres a quienes se confía esa tarea".

En ese mejoramiento de las prácticas regulatorias juega un papel destacado el principio de colaboración empresarial que debe llevarse a cabo en un marco de leal información y buena fe, para cuya vigencia efectiva sería conveniente la creación de grupos informales de trabajo en los entes reguladores, preferentemente para tareas técnicas y de auditoría, en las que también tengan participación las empresas prestatarias.

Otro de los aspectos que merece atención radica en el respeto por las reglas de la ética pública, que constituye uno de los pilares de la credibilidad y confianza que precisa el proceso regulatorio. La corrupción es la peor enemiga de la imagen de los políticos y funcionarios de turno porque los vasos comunicantes de la sociedad siempre actúan como mecanismos transmisores de información, obrando de ese modo como instrumentos de defensa social.

Veamos ahora los peligros que encierra la regulación.

A su vez, uno de los peligros que se corre es que los reguladores den prevalencia a la interpretación más estricta de las normas legales y orientan sus decisiones hacia la adopción de medidas que les permitan tener una mejor imagen en la opinión pública.

Y si bien este punto merecería también el dictado de normas que consagren una mayor flexibilidad interpretativa, hasta tanto ello ocurra los reguladores pueden ejercer un conjunto apreciable de poderes discrecionales para aplicar las soluciones que técnicamente correspondan en cada caso.

En cuanto a la imagen de los entes regulatorios ella es producto correlativo de la que tengan las empresas reguladas. Difícilmente se independiza, aun cuando las empresas prestatarias sean las efectivamente culpables de los deficientes servicios que prestan a sus clientes, ya que la mala calidad de los servicios o la falta de suministros estables, se proyecta también sobre los entes reguladores, por más poderes sancionatorios que ejerzan. Todo ello acentúa, la necesidad de colaboración de las empresas con la actividad regulatoria en el marco de recíproco respeto de la competencia específica de los entes y del ámbito propio de las empresas privadas.

En un informe producido por la "Comisión de Desregulación" de la República Federal Alemana se observa que se han seguido, en las regulaciones de occidente, algunas tendencias que deberían evitarse en el futuro, a

saber:

a) Una tendencia a sobrerregular --regular en exceso-- y una tendencia a que las regulaciones obsoletas pervivan por los intereses que siempre surgen a su amparo, y

b) Se comprueba que la regulación de la economía se autoalimenta (is self inflating) al querer corregir sus múltiples efectos negativos por nuevas regulaciones"⁽³⁵⁾.

En definitiva, si se entiende que la responsabilidad primaria del servicio descansa más en las empresas prestatarias que en los reguladores, que hay que actuar con flexibilidad y razonabilidad estimulando la competencia donde sea posible y la realización de inversiones que aseguren tanto la calidad y eficiencia de los servicios como la estabilidad de los suministros, se llegará fácilmente a la conclusión que la protección de los usuarios o clientes descansa más en el cumplimiento leal de esos objetivos que en la aplicación de sanciones pecuniarias a las empresas prestatarias.

En este aspecto, las prácticas regulatorias, para ser fieles a sus finalidades esenciales, necesitan utilizar mecanismos sucedáneos para intercambiar la aplicación de una multa o penalidad (que no beneficia a nadie) o para atenuar su rigorismo, con otras técnicas de sustitución (v.gr. realización de nuevas inversiones) o de estimulación para mejorar la calidad de los servicios.

Y tanto dichas prácticas e interpretaciones como las normas de la regulación precisan generar un determinado estado de seguridad en el mercado que aliente y mantenga, en su caso, la corriente de inversiones privadas que son imprescindibles para el crecimiento económico y la adaptación tecnológica de los respectivos servicios públicos. En cualquier caso, lo esencial, para la salud y subsistencia del modelo de gestión privada de los servicios públicos es evitar el "riesgo regulatorio" provocado, entre otras cosas, por la alteración de las reglas de juego existentes o por interpretaciones formalistas y restrictivas, contrarias al principio de subsidiariedad.

IV.2. Hacia el perfeccionamiento de las normas y principios que rigen la regulación económica. Un régimen jurídico común para todas las regulaciones

Al llegar a este punto del camino que hay que construir en el futuro de la regulación económica se abre una alternativa no desdeñable. La primera consiste en optar por el perfeccionamiento de los actuales marcos regulatorios incorporando a cada uno de ellos las nuevas reglas y principios comunes. La segunda, por la que nos inclinamos, consiste en la sanción de una ley que, sin unificar los marcos regulatorios existentes, ni afectar la estabilidad de las concesiones otorgadas, proporcione un régimen común aplicable a todos los servicios públicos que sean objeto de la regulación, con independencia o no de su aplicación analógica a las actividades que, no obstante hallarse reguladas, no configuran servicios públicos sino actividades de interés público.

Y aunque, en principio, se trata de una normativa que debe regularse por ley, habrá que analizar también la posibilidad de utilizar el ejercicio de los poderes delegados o de los poderes inherentes para reglamentar el procedimiento administrativo que rige la actuación de los entes reguladores.

El primer presupuesto a tener en cuenta es que las materias que pueden ser objeto de una regulación común deben armonizar y ser compatibles con los marcos regulatorios y los derechos de los concesionarios usuarios del servicio. Se trata de perfeccionar o mejorar el régimen jurídico para dotarlo de mayor estabilidad pero, sobre todo, para captar la nueva realidad que plantea la gestión privada de los servicios, la cual exige soluciones muchas veces diferentes a las que arriba el derecho administrativo clásico.

En esa línea, uno de los aspectos que está demandando una regulación común es el relativo al procedimiento administrativo especial destinado a regir la actuación de los entes reguladores. Desde la reglamentación de los mecanismos de información y participación de los usuarios hasta la forma de concluir el procedimiento es mucho lo que se puede hacer en el futuro.

En tal sentido, sería conveniente analizar si el funcionamiento de los ordenamientos sectoriales que han establecido el sistema de audiencias públicas ha funcionado en forma eficaz, si es un instrumento que se adapta a nuestra idiosincrasia, o en caso que se decida mantenerlo, cuál sería el modo de evitar la influencia de los intereses políticos, como organizar la defensa de los intereses de los usuarios y su representación geográfica, ya que existen numerosos servicios públicos de amplias bases territoriales que exceden a una determinada provincia o ciudad.

El establecimiento de mecanismos de consulta periódicos con las asociaciones que representen a usuarios y consumidores puede contribuir más eficazmente a lograr una mayor participación ciudadana en las decisiones sin los inconvenientes que se aprecian en las audiencias públicas evitando se infiltren otros intereses ajenos a los protagonistas de la regulación económica.

A su turno, el nuevo tipo de procedimiento debería recepcionar la figura de la terminación convencional de los procedimientos administrativos en línea con lo preceptuado en la reciente reforma de la ley de procedimiento administrativo española (art. 88) donde se dispone que:

"Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tiene encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo vinculante o no, a la resolución que les ponga fin".

Como se ha dicho: "la función del regulador no es tanto imponerse a los regulados, sino convencer, persuadir, llevar a las partes a una terminación convencional, en la medida de lo posible, no hay en muchas de las cuestiones que se plantean ante el regulador una única solución justa sino que casi siempre hay que articular una composición de intereses contrapuestos, una transacción, un arbitraje. Lo deseable es que la decisión sea, en principio, aceptada por las partes, lo cual se verá facilitado cuando la autoridad reguladora, con el paso del tiempo logre la madurez y experiencia necesarias para cumplir su misión, eso es, cuando se gane el respeto de los operadores del sistema y, además de la competencia legal goce de la Auctoritas material sobre los mismos" [\(36\)](#).

En los aspectos de fondo de una regulación económica que unifique sus principios esenciales hay que pensar en fórmulas más estables que garanticen la continuidad del sistema de gestión privada de los servicios y la consecuente observancia del principio de subsidiariedad, mediante la articulación de normas que impidan el rescate o la revocación por oportunidad de la concesión [\(37\)](#), verdaderos flagelos del pasado, que desalientan la realización de inversiones privadas como que son producto de una concepción autoritaria del derecho administrativo, utilizado muchas veces con fines políticos o personales objetables. También podría extenderse, con carácter general, la fórmula que rige en el sistema eléctrico para el vencimiento de la concesión que, al par que excluye la técnica arcaica de la reversión de los bienes del concesionario garantiza la realización continua de inversiones hasta el vencimiento de la concesión y brinda la posibilidad de continuar la relación contractual licitando las acciones que pertenezcan a la sociedad o grupo controlante [\(38\)](#) cada quince (15) años.

El tema del reconocimiento de un margen de discrecionalidad de las decisiones de los entes reguladores constituye otra cuestión de gran trascendencia en la medida que el ejercicio del poder discrecional pueda orientarse, enmarcado siempre en las finalidades que persigue la regulación, hacia formas más flexibles que, además de brindar una mayor eficiencia al sistema, aseguren la mejor calidad de los servicios compatibles, con una razonable rentabilidad empresaria.

Existen desde luego otras cuestiones diferentes que hacen al control judicial de la actividad de los entes reguladores y empresas prestatarias de servicios públicos como el alcance de la revisión judicial que se proyecta sobre lo que puede decidir la sentencia de un juez sobre la continuidad o paralización del servicio público, las tarifas, la suspensión de los actos de los entes reguladores, como también lo relativo a los efectos de los recursos que se promuevan ante la justicia.

V. La duplicidad de los controles. La necesidad de reafirmar la especialidad y exclusividad del control de los entes reguladores

Como se ha señalado, una de las ventajas de crear órganos descentralizados de control es la especialización e independencia de las funciones que ejercen, entre las que cuenta la fiscalización de la actuación de los concesionarios en lo que atañe al cumplimiento de las reglas de los respectivos contratos de concesión o de licencia, las prescripciones de los marcos regulatorios y las propias resoluciones que dictan los entes reguladores [\(39\)](#).

Ahora bien, esas ventajas evidentes de unificar el control especializado de entes autárquicos corren el riesgo de diluirse en la medida que se reconozcan similares facultades de control a otros órganos de la Administración Nacional o comunal y aun, a otros órganos dependientes del Congreso la Auditoría General de la Nación.

En la práctica se han dado casos en que una misma auditoría (en cuanto a su objeto) sobre una empresa privada es simultánea o sucesivamente llevada a cabo por el Ente Regulador y por la Auditoría General de la Nación, lo que puede generar disparidades interpretativas y la consecuente inseguridad jurídica.

Por ese motivo, sería deseable la adecuación legislativa de los sistemas de control estatal de los servicios públicos consagrando la exclusividad de la fiscalización primaria en cabeza de los entes reguladores, sin perjuicio de que éstos --como entes administrativos que en definitiva son-- sean controlados por los órganos que constitucionalmente corresponde y que están ubicados en la órbita del Congreso. La actividad de los órganos

que ejercen el llamado control externo de la Administración debería ser, en todos los casos, posterior a las resoluciones que dicta el ente regulatorio.

Tales son, a grandes rasgos, los principales aspectos de la regulación económica que --como se ha visto-- requieren unas normas y principios especiales y comunes, diferentes a los que rigen el ámbito del derecho administrativo general. Como en todo proceso de transformación y crecimiento se abren muchos interrogantes generándose también la esperanza de mejorar nuestras instituciones regulatorias en el marco de los principios del estado de derecho que, debe ser, en suma, un Estado orientado hacia la realización más plena de la seguridad jurídica para todos los protagonistas de la regulación.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(A) versión de este trabajo fue la que expusimos en el Seminario sobre "Regulación económica y sus protagonistas" que se llevó a cabo el día 14 de mayo de 1996 organizado por el Centro de Regulación Económica (C. E. R. E.) de la Universidad Austral.

(1) principio conlleva la necesidad de adoptar --entre otras cosas-- políticas de segmentación de los mercados y la desregulación de aquellas actividades que pueden prestarse bajo un régimen de libertad.

(2) art. 42 de la Constitución Nacional prescribe, entre los deberes constitucionales de las autoridades, el de proveer "a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados" y "al control de los monopolios naturales y legales". De ahí que la regulación económica constituye una excepción al principio de libertad de mercado justificada sólo para regular los monopolios o para ordenar el tráfico (pues esto hace a que funcionen las libertades de los que operan en el mercado).

(3) idea de calificarlo como Estado Subsidiario, junto a las notas que lo tipifican, para el nuevo modelo surgido tras el proceso de reforma del Estado en Argentina, la venimos sosteniendo desde la sanción de las leyes 23.696 y 23.697 (Adla, XLIX-C, 2444; 2458), véase entre otros trabajos: "La intervención administrativa", 2ª ed., ps. 109 y sigtes. y "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", ED, 161-857.

(4) ORTIZ, Gaspar con la colaboración de Martínez, Juan Miguel, trabajo preparado para el seminario sobre "Regulación Económica y sus protagonistas" realizado el 14 de mayo de 1996 y organizado por el C. E. R. E. de la Universidad Austral de Argentina.

(5) ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 10.

(6) nuestro país la categoría del servicio público tiene tanto base constitucional (art. 42, Constitución Nacional) como legal (art. 1º, ley 24.065 y art. 1º, ley 24.076 --Adla, LII-A, 82; LIIB, 1583--). A la luz de estas claras y precisas definiciones normativas la discusión en torno a la eliminación de la noción carece de todo sentido y sólo refleja opiniones personales emitidas, en cualquier caso, de "lege ferenda".

(7) "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", publicado en ED, 161857. MAIRAL ha sostenido lo contrario ("Ideología del servicio público", REDA N° 14, ps. 359 y sigtes., Buenos Aires). En la doctrina francesa se han publicado distintos trabajos que confirman nuestra postura, véase: LAUBADERE, André de, trabajo publicado en el libro: "Le pensé du Doyen Maurice Hauriou et son influence", ps. 209 y sigtes., París, 1969; puede verse también en el mismo sentido; RIVERO, Jean, "Haurion et l'avènement de la notion du service public", en "Etudes en honneur d'A. Mestre", ps. 462 y sigtes., París, 1956.

(8) las diversas concepciones del servicio público véase: CITARA, Rubén Miguel, "El servicio público", Parte I, ps. 21 y sigtes., Buenos Aires, 1995.

(9) GIL, José Luis, "El servicio público en el derecho actual", REDA N° 17, ps. 344 y sigtes., Buenos Aires, 1995.

(10) Maurice, "La gestion administrative", trad. española publicada bajo el título "Obra escogida", p. 71.

(11) de Droit Administratif et de droit public général", Paris, 1927, 11ª de. en publicación citada en nota anterior, p. 117.

(12) ha dicho que "el servicio público como técnica jurídica nace en el ambiente creado como consecuencia de un determinado entendimiento de las relaciones entre Estado y Sociedad, en cuya construcción teórica habría que citar, además de a Rousseau, a Locke y a Hegel" (cfr. MEILAN GIL, José Luis, op. cit., p. 349).

(13) MEILAN GIL, José Luis, "La cláusula de progreso en los servicios públicos", ps. 20 y sigtes., Madrid, 1968.

(14) situación similar padeció nuestro país a raíz del predominio de las tesis propugnadas por Bielsa.

(15) LINARES, Juan Francisco, "Derecho Administrativo", ps. 512-513, Buenos Aires, 1986, a quien seguimos en este punto. Véase también en la línea doctrinaria que propugna una concepción restringida de la noción: BARRA, Rodolfo Carlos, "Hacia una concepción restrictiva del concepto jurídico del servicio público", LA LEY, 1983-B, 363 y ESTRADA, Juan Ramón de, "Enseñanza privada y servicio público", ED, 119-955 y siguientes.

(16) MEILAN GIL, José Luis, "El servicio público en el derecho actual", REDA N° 17, p. 359, Buenos Aires,

1995.

(17) SARMIENTO GARCIA, Jorge H., "Noción y elementos del servicio público", en la obra colectiva: "Los Servicios Públicos", ps. 9-10, Buenos Aires, 1994; sostiene que no considera conveniente englobarlos en la categoría del servicio público por ser su régimen diferente. En la misma línea; MEILAN GIL, José Luis, op. cit., REDA N° 17, p. 353.

(18) Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, ps. 81-83, Buenos Aires, 1993; LINARES, Juan Francisco, op. cit., ps. 610-511. La nota de obligatoriedad ya había sido advertida, en Italia, por ARNALDO de VALLES ("I servizi pubblici", en el "Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano", dirigido por ORLANDO, t. 6°, ps. 614 y sigtes., Milán, 1930).

(19) Tony y VASS, Peter, "Regulatory Review 1993", Centre for the Study of Regulated Industries, London, 1993, explican el concepto de "open access" al sostener que la promoción de competencia en el mercado no trata sobre la competencia para obtener redes alternativas de transporte, sino que trata de facilitar acceso en igualdad de condiciones a productores ubicados sobre la red que compiten entre sí, evitando conductas discriminatorias del propietario de la red en beneficio de su propia fuente de producción.

(20) Jean François, "Grands Services Publics", p. 23, Paris, 1989, indica que el régimen exorbitante del derecho privado constituye más una consecuencia de la presencia de un servicio público que un elemento de su definición.

(21) hemos ocupado, de este problema, en dos trabajos: "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", ED del 8 de febrero de 1995 y "El servicio público y las técnicas concesionales", LA LEY, 1995-C, 1174.

(22) Juan Carlos, "La intervención administrativa", 2ª ed., ps. 38 y sigtes., Buenos Aires, 1994.

(23) DE LA CUETARA, Juan Miguel, "Servicio público y telecomunicaciones", publicación de la Universidad Autónoma de Madrid, de 1995, que reproduce la conferencia del autor en las "Jornadas Internacionales de Servicios Públicos", realizadas en Mendoza en octubre de 1994.

(24) CITARA la declaración formal que justifica la calificación legal de una determinada actividad como servicio público es "la conciencia pública de una necesidad comunitaria que, por los motivos propios de la situación del momento, se entiende debe ser satisfecha por el Estado" (op. cit., p. 93). Al respecto, puntualiza que esa necesidad no debe ser de aquellas que pertenecen primariamente al campo de acción de los particulares y que la declaración formal está limitada por el principio de subsidiariedad (op. cit., p. 60).

(25) ARANA, Jaime, "El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo Español", conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Servicios Públicos organizadas por la Universidad Nacional de Cuyo y el Instituto de Derecho Administrativo de dicha ciudad, setiembre de 1994. Señala al respecto, que el carácter esencial que le atribuye el art. 128.2 de la C. E. a los servicios públicos "impide la extensión del régimen jurídico de servicio público a otro tipo de actividades que no reúnan ese carácter; en otras palabras, impide considerar a cualesquiera empresas públicas como servicios públicos en todo caso".

(26) ORTIZ, Gaspar, "Economía y Estado", Buenos Aires, 1993.

(27) término regulación económica, o en una de sus modernas acepciones "regulación incentiva", significa simplemente la idea que la mejor forma de regulación es aquella que alienta naturalmente a la empresa regulada a comportarse en el interés de sus clientes, suministrando calidad por dinero, sin que los reguladores se involucren en decisiones puntuales de la compañía (CARSBERG, Sir Bryan, "Incentive Regulation", p. vii, "Centre for the Study of Regulated Industries", Londres, 1992).

(28) MARIENHOFF, Miguel S., "Los 'Privilegios en el Derecho Público' (Exclusividad; monopolio; exención impositiva). Lo atinente a la 'reserva de zona'. La 'zona de influencia'", ED del 1° de junio de 1995.

(29) SMITH, S. Jr., "Future Structures for the Regulated Energy Industries Intramuros the United States", Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol. 13, N° 2, mayo, 1995, p. 75, analiza la regulación del servicio público en el mercado energético del futuro.

(30) art. 42 de la Constitución Nacional. Se ha señalado que el mal funcionamiento de los servicios públicos deslegitima al Estado: MARTINEZ MARIN, Antonio, "El buen funcionamiento de los servicios públicos", ps. 17 y sigtes., Madrid, 1990.

(31) Héctor, op. cit., Reda N° 14, ps. 359 y siguientes.

(32) ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 12.

(33) este aspecto véase nuestro trabajo: "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", ED, 161-857.

(34) ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 54.

(35) Commission", "Opening of Markets and Competition", versión inglesa, cit. por ARIÑO ORTIZ, op. cit., p. 51.

(36) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 88.

(37) lo prescribe en materia de transporte y distribución de gas natural el art. 4°, inc. 5° del reglamento de la ley

24.076 (dec. 1738/92 --Adla, LII-D, 4080--). Véase también: MAIRAL, Héctor A., op. cit., ps. 410 y sigtes., y nuestro libro "La intervención administrativa", ps. 208 y sigtes. Buenos Aires, 1994.

(38) Contrato de concesión entre el Estado Nacional y Edenor, arts. 3° y siguientes.

(39) el futuro quizás haya que ir hacia una separación más acentuada entre la función regulatoria y la de control. Sobre un aspecto de este problema véase: GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. 1, p. XV-3, Buenos Aires, 1995, afirma el principio de que quien concede un monopolio no debe ser el que lo controle para garantizar los derechos de los usuarios. Pensamos que la separación se impone, asimismo, en garantía de las empresas prestatarias pues los entes controlantes no deberían ser los propios autores de las normas que aplican o controlan máxime cuando también son los que juzgan sobre sus eventuales violaciones.