Cuestiones de Derecho Comparado



DERECHO DE LA REGULACIÓN, LOS SERVICIOS PUBLICOS Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL

Comparaciones y comentarios

Bajo la dirección de
Gérard Marcou y Franck Moderne

L'Harmattan

Universidad del Rosario
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653


L'Harmattan
UR

Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional

Tomo I

Comparaciones y comentarios

Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional

Tomo I

Comparaciones y comentarios

Bajo la dirección de
Gérard Marcou y
Franck Moderne

d

COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2009 Editorial Universidad del Rosario
© 2009 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2009 L'Hartmattan
© 2009 Gérard Marcou y Franck Moderne
© 2009 Martin Bullinger, Julio Rodolfo Comadira, Dominique Custos, Francis Delpérée,
Paul Laurent Frier, Jean Pierre Gaudin, Jean-Michel Glachant, Eros Roberto Grau,
John Mac Eldowney, Franck Moderne, Domingos Païva de Almeida, Stéphane Rodrigues,
Domenico Sorace, Gérard Timsit

ISBN: 978-958-738-021-7

Primera edición en francés: *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*,
Tomo I, L'Harmattan, París, 2005
Primera edición: Bogotá, D.C., agosto de 2009
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Traducción: Santiago Restrepo
Diseño de cubierta: Camilo Patiño Díaz
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Imprenta: XPress
Editorial Universidad del Rosario
Cra. 7 No. 13-41 Oficina 501 Tel.: 2970200 ext. 7724
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.
Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario.

Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional. Tomo I /
Directores Gérard Marcou y Franck Moderne.—Facultad de Jurisprudencia. Bogotá:
Editorial Universidad del Rosario, 2009.
394 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia).
V.1: Comparaciones y comentarios.

ISBN: 978-958-738-021-7

Derecho comparado / Servicios públicos – Legislación / Regulación económica –
Europa - Estados Unidos - Argentina - Brasil / Integración regional - Unión Europea -
Mercosur / Protección del consumidor - Regulación / derecho de la competencia / control
jurisdiccional de la regulación / Teoría del derecho / análisis económico / regulación
política / I. Título / II. Serie.

343.09 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Prefacio 9

La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado 11
Gérard Marcou

La regulación como función

La regulación como función: apuntes introductorios 94
Paul Laurent Frier

Los usos de la noción de "regulación" en el derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea 98
Franck Moderne

Regulación, necesidades colectivas y competencia 118
Domenico Sorace

La regulación y la protección de los usuarios-consumidores 131
Francis Delpérée

La organización de la regulación

Reguladores: tendencias y perspectivas 143
John Mac Eldowney

Contribución(es) del derecho comunitario al derecho de la regulación de los servicios públicos 153
Stéphane Rodrigues

El control jurisdiccional de la regulación 173
Martin Bullinger

La regulación afuera de la Unión Europea

La noción estadounidense de regulación 190
Dominique Custos

La regulación en Brasil..... 219
Eros Roberto Grau

La experiencia de la regulación en Argentina 252
Julio Rodolfo Comadira

La integración regional y los servicios públicos: el caso del Mercosur .. 278
Domingos Païva de Almeida

Enfoques pluridisciplinarios

La regulación y la teoría del derecho..... 321
Gérard Timsit

Los nuevos análisis económicos de la regulación de los mercados..... 333
Jean-Michel Glachant

La regulación política 357
Jean Pierre Gaudin

Los autores 391

Índice del Tomo II 393

Prefacio

Este libro reúne la primera parte de los trabajos presentados durante el coloquio "Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional", organizado por la Unidad Mixta de Investigación (UMR) de derecho comparado de la Universidad París I, los días 29 y 30 de abril del 2004. Las sesiones de este coloquio fueron presididas por:

- Pierre-Laurent Frier, profesor de la Universidad París I, director de la escuela doctoral de derecho público y de derecho tributario.
- Etienne Picard, profesor de la Universidad París I, director de la Maestría en Derecho Público.
- Elisenda Malaret, profesora de la Universidad París I.
- Laurent Richer, profesor de la Universidad París I.

En una mesa redonda se dieron a conocer los puntos de vista de los representantes de las instituciones y de las empresas relacionadas con el tema de la regulación. En esta mesa redonda, moderada por la profesora Elisenda Malaret, participaron:

- Etienne Andreux, director del Sindicato intercomunal de la periferia de París de la Electricidad y las redes de comunicación (SIPPEREC).
- Philippe Distler, director de servicios de la Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones (ART).
- Gudrum Lammers, jefe de estrategia industrial de Electricidad de Francia (EDF).
- Anne Mielnik-Meddah, consejera de tribunal administrativo (Servicio jurídico de la Comisión de Regulación de la Energía –CRE–).
- Patrick Spillaert, secretario general de la Compañía General de Aguas.
- Joelle Toledano, directora de regulación nacional y europea de Correos de Francia.

Las contribuciones que aparecen en este libro presentan las síntesis y reflexiones generales que se obtuvieron del análisis y la discusión de los informes nacionales. Estos informes se presentan en un segundo volumen.

La investigación, la organización del coloquio y la publicación en francés de este libro contaron con el apoyo de la *Mission Recherche* del Ministerio de Justicia de Francia, de Electricidad de Francia y del Consejo científico de la Universidad París 1. La publicación en francés también contó con el apoyo del CERAPS (*Centre d´études et de recherches administratives, politiques et sociales*, UMR de la Universidad Lille 2), que financió la diagramación de la obra, realizada por Marc Deman.

Se agradece aquí a todos ellos en nombre de todos los autores por su confianza y paciencia.

La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado

Gérard Marcou

Dentro de las múltiples manifestaciones de aquello que conviene llamar la globalización, una de las más significativas, dado que afecta el papel mismo del estado, es la introducción de mecanismos de mercado y de competencia en funciones o actividades que hasta hace poco estaban bajo el control del estado, y que en consecuencia estaban organizadas en un espacio nacional. Mientras que la institución del servicio público se acompaña tradicionalmente de la desaparición del mercado del sector cubierto por ellos, la generalización del mercado conduce, según los casos, a la redefinición, marginalización o al abandono del servicio público.

No todos los países han aceptado dentro de sus sistemas jurídicos la noción de servicio público, pero hoy en día es evidente que la noción de regulación está difundida en casi todo el mundo. Sin embargo, las palabras se prestan a engaños y este contraste no es tan absoluto como parece a primera vista. Mientras que la noción jurídica de servicio público está presente en pocos estados, europeos o no europeos, la idea de servicio público puede identificarse fácilmente en la mayoría de estados, en particular al interior de la Unión Europea, a pesar de que se exprese a través de nociones y regímenes jurídicos diferentes.[1] A la inversa, la noción de regulación es menos universal de lo que se podría creer. En primer lugar, su difusión oculta una fuerte ambigüedad semántica: mientras que el sentido de la palabra inglesa o americana *regulation* se traduce en francés por reglamentación, la mayoría de Estados europeos han tomado la palabra regulación del vocabulario de la ciencia y tecnología, para distinguirla de la reglamentación. Este hecho es conocido pero no disipa la

[1] Moderne, Marcou G. (dir.), 2001. *L´Idée de service public dans le droit des États de l´Union européenne.* París, L´Harmattan, colección "Logiques juridiques".

ambigüedad. Tampoco es la única fuente de incertidumbre que afecte el sentido de la noción de regulación. Con frecuencia se ha desprestigiado la noción de servicios públicos haciendo referencia a su imprecisión, pero no se dice que a la noción de regulación se le puede hacer, como mínimo, el mismo reproche. Pero, al igual que la noción de servicio público, la noción de regulación puede llegar a ser una noción jurídica si logra expresar el sentido de un conjunto de reglas e instituciones nuevas, que las nociones y teorías clásicas del derecho público o privado no logran integrar de manera operativa.

Las fuentes de la incertidumbre son al menos tres: los usos profanos, las lógicas internas de los sistemas jurídicos y los contextos sectoriales. En efecto, la regulación es una palabra que seduce porque evoca la capacidad de producir un orden o una racionalidad: se utiliza tanto en el discurso político como en las teorías propias de distintas ramas del saber, y frecuentemente con un alcance muy amplio; los juristas siguen con frecuencia esta tendencia, con lo que se corre el riesgo de que la nueva palabra no logre aislar una nueva noción. En segundo lugar, la ciencia del derecho se aplica a sistemas de normas que están ligadas al Estado por los principios e instituciones sobre los cuáles ellos reposan; las nociones que esta ciencia produce están por lo tanto estrechamente ligadas a sistemas particulares, de los que sólo es posible desprenderse mediante la comparación. Si la regulación debe llegar a ser una noción jurídica, puede suponerse que es entonces inevitable, que sea contaminada por esta idiosincrasia, incluso si su difusión se realiza dentro de un movimiento de globalización del cual el derecho no puede escapar. Pero, al mismo tiempo, las expresiones singulares de la regulación reconocidas como típicas en los diferentes países proporcionan un material de estudio muy valioso para buscar allí los elementos de una concepción común, evitando así el riesgo de una teorización demasiado distanciada de lo real, es decir, en el orden del derecho, del derecho positivo. Finalmente, la noción de regulación se aplica a actividades muy diferentes: a veces a actividades policivas tales como aquellas que procuran asegurar el respeto de las reglas generales de competencia en los mercados de bienes y servicios, o en los mercados financieros, a veces a las industrias caracterizadas por su dependencia hacia una red u otros tipo

de infraestructuras no (o difícilmente) reproducibles, y a veces a las relaciones entre ciertas industrias y el medio ambiente. Con la instauración del mecanismo de mercado en lugar de antiguos monopolios, se evidencia la diferenciación sectorial y la necesidad de reglamentaciones específicas –aquí encontramos de nuevo la ambigüedad–.

Las hipótesis sobre las que se realiza la investigación, cuyos resultados se presentan aquí, parten de las constataciones que acabamos de enumerar.

La ciencia jurídica no puede contentarse con usos profanos de la palabra regulación para elaborar una noción jurídica; por el contrario, debe partir del análisis de las políticas públicas, de los regímenes jurídicos que éstas instauran así como de las prácticas jurídicas que se observan, para determinar en qué medida la regulación debe ser tratada como una noción jurídica nueva, es decir, como una noción a la que se vinculan consecuencias jurídicas precisas desde el punto de vista de las relaciones jurídicas, los actos legislativos en los que se apoya, las instituciones relacionadas y la resolución de los conflictos que puedan surgir. Esto conduce a privilegiar una definición restrictiva de la noción de regulación.

Por otra parte, el método comparativo permite medir la diversidad de interpretaciones que se le han dado a la noción de regulación dentro de los diferentes sistemas jurídicos, tanto por parte de autores como dentro del derecho positivo. La comparación permite investigar si es posible formular una definición de la noción de regulación en derecho que pueda ser admitida dentro de los diferentes sistemas jurídicos, al menos de los países estudiados, o si debemos contentarnos con elementos comunes dentro de definiciones diferentes.

Finalmente, la dimensión empírica de la investigación implica que se deba analizar aquello que se califica como regulación al interior de diferentes sectores, con el fin de no dar un alcance general a caracterizaciones que podrían ser propias solamente de un sector. Este es un punto delicado en el plano metodológico, pues también existen, a la inversa, experiencias muy importantes que están al origen de efectos de diseminación, y que será conveniente identificar. La difusión de la noción de regulación guarda estrechas relaciones con la apertura a la competencia de las industrias de red, pero estas relaciones no son exclusivas y se puede, por el contrario, registrar casos en donde no ocurre así.

La investigación se realizó sobre diez países de la Unión Europea,[2] siguiendo una misma metodología. Posteriormente se solicitaron contribuciones referentes a otros cuatro países[3] para identificar los aspectos que podrían diferenciar los Estados de la Unión Europea. La Comunidad Europea desempeñó, en efecto, un papel importante en el cuestionamiento de los monopolios públicos y en la introducción de nuevas modalidades institucionales y jurídicas de la apertura a la competencia de las industrias de red. Por esa misma razón, parece interesante verificar cual podría ser el impacto del Mercosur, otra gran experiencia de integración económica regional, sobre la apertura a la competencia de grandes sectores de servicios públicos de tipo económico, o al menos analizar en qué medida el tratado y las instituciones del Mercosur se interesan en esos sectores.

Los principales resultados de la comparación que se realizó pueden resumirse de la siguiente forma:

- La noción de regulación da lugar a interpretaciones diferentes según los países, y hay pocos países en los que el derecho positivo da una definición articulada; parece por lo tanto imposible formular una noción jurídica de la regulación que pueda interesar varios países a la vez. La concepción que ha surgido en el derecho comunitario es una noción suplementaria antes que una noción común.
- En algunos países, la implementación de un tipo de regulación acompañó la formulación de políticas de privatización. Pero estas políticas parecen no diferenciar claramente a los países en cuanto a las formas que asume la regulación ni al lugar que ocupa en su legislación. Por lo tanto, la noción de regulación debe tratarse como una noción independiente de las políticas de privatización.

[2] Se trata de los siguientes países: Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Portugal, Reino Unido. Se había previsto estudiar otros dos países: Holanda y Suecia, pero no produjeron un informe nacional. Sin embargo, se les menciona con referencias puntuales en algunos informes de síntesis.

[3] Argentina, Brasil, Estados Unidos y Rusia. No se pudieron obtener informes sobre los nuevos países de la Unión Europea.

- Cualquiera que sea la amplitud de la definición de la regulación, se constata que siempre incluye la apertura a la competencia y la resolución de antinomias que resultan de mantener objetivos o valores no económicos que están en conflicto potencial con la lógica de mercado; esta función puede traducirse mediante nuevos principios o mediante la actualización de principios tradicionales.
- La regulación no se confunde ni con un tipo determinado de instituciones, ni con cierto tipo de actos jurídicos; es más bien una función del Estado que se implementa mediante un conjunto de instituciones y de actos jurídicos cuyo régimen no se modifica, salvo en la medida en que lo exige la institucionalización de la imparcialidad para ciertas decisiones.
- En la medida en que se crean instituciones específicas de regulación, se presenta el problema de sus relaciones con las autoridades políticas, desde el punto de vista de la independencia (más exactamente de la imparcialidad) de sus decisiones, pero también de su legitimidad y de su control.

La primera sección presenta las interpretaciones de la noción de regulación, y los elementos que para su identificación pueden encontrarse en el derecho positivo; esto permitirá obtener una enfoque común. En la segunda sección se presentan los elementos característicos de las instituciones y de los regímenes jurídicos asociados a la regulación como función dentro de los países estudiados, respetando las diferencias que los separan.

Se verá con la lectura del conjunto de las contribuciones que ellas mismas reflejan una cierta diversidad de concepciones entre los autores, aunque puedan apreciarse las convergencias.

I. La noción de regulación en derecho: interpretaciones diferentes, un enfoque común

Si bien la noción de regulación se ha difundido extensamente, ésta se comprende de forma distinta según los sistemas jurídicos dentro de los que se utiliza. La cristalización que esta difusión y el impacto que las políticas comunitarias permitían esperar no se ha producido (¿aún?). La concepción emergente en derecho comunitario aparece entonces más como una interpretación

adicional, que como la expresión de una concepción común; respetar el derecho comunitario no implica, en efecto, asimilar todas las teorías de la regulación. Esto no quiere decir que las diferentes concepciones que pueden identificarse sean contradictorias o incompatibles; se evidenciarán por el contrario varias convergencias, pero que dejan subsistir una gran diversidad.

Se investigará en primer lugar si el derecho positivo nos proporciona, en los países estudiados, una definición o una concepción suficientemente clara de la regulación. Después nos dirigiremos a la literatura jurídica para detectar las concepciones de regulación que ésta ha logrado producir en interacción con el derecho positivo. Es más bien en la literatura doctrinal en donde se pueden encontrar interpretaciones globalizantes, mientras que los enunciados del derecho positivo expresan más bien concepciones más restrictivas. Pero éstos últimos no son muy numerosos, y la regulación sigue siendo en general una noción doctrinal. Por otra parte, la literatura muestra, según los países, un interés muy desigual por este tema.[4] En fin, intentaremos extraer un enfoque común de la regulación, a partir de los elementos que han aparecido recurrentemente.

A. Los aportes del derecho positivo en Europa

Existen pocas definiciones jurídicas de la regulación en el derecho positivo, incluso si la ley emplea de manera explícita el término regulación. Pero debe tenerse en cuenta también que la evolución jurídica trata de dar una cierta consistencia a la noción de regulación.

1. Las definiciones de la legislación

A decir verdad, solamente en Alemania, y de manera menos precisa en Francia, es posible encontrar una definición de la regulación en la ley. En los dos países se puede encontrar en la legislación referente a las telecomunicaciones (hoy en día comunicaciones electrónicas, según la terminología comunitaria que se ha utilizado dentro de las modificaciones legislativas recientes).

[4] En lo que sigue, y salvo que se indique lo contrario, la referencia a un país remite al informe sobre ese país, que se encuentra en el segundo volumen de este estudio.

En Alemania, el parágrafo 2 de la nueva ley sobre las telecomunicaciones (*Telekommunikationsgesetz)* del 22 de junio de 2004[5] da una definición de la regulación (*Regulierung):* es una misión del poder público (*hoheitliche Aufgabe)* de la Federación que responde a objetivos definidos con precisión por la ley. Se trata esencialmente de conciliar el establecimiento de una competencia leal y eficaz con otros objetivos de interés general enumerados por la ley de 2004, que pueden entrar en conflicto con esa competencia. El primer parágrafo esclarece esta misión, pues enuncia su objetivo: estimular la competencia y garantizar servicios suficientes en todo el territorio. Como lo resume Martin Bullinger, la regulación va de la mano de la transición de un Estado prestatario hacia un Estado garante de servicios esenciales. Esta misión se ejerce bajo la responsabilidad del gobierno y bajo su dependencia: la entidad de regulación de las telecomunicaciones que se instituye (desde 2006 la Agencia federal de las redes – cf infra), está, en efecto, bajo la órbita del Ministerio Federal de Economía y Tecnología, y el ministro tiene el poder de darle instrucciones (parágrafo 117).

La legislación francesa tiene también una definición, pero que se distancia en el último punto de la legislación alemana. La encontramos en el artículo L.32-1 del Código de Correos y Comunicaciones Electrónicas (CPCE). Allí se indica (parágrafo I.) que "la función de regulación […] es independiente de la explotación de redes y del suministro de servicios de comunicaciones electrónicas" y que ella "se ejerce a nombre del Estado" por el ministro encargado de las comunicaciones electrónicas y por la Autoridad de Regulación de las Comunicaciones Electrónicas y Correos (ARCEP, antes ART).[6] El parágrafo 2 precisa que el ministro y la ARCEP velan por los objetivos que allí se definen, entre los cuales figuran, en primer lugar, "el suministro y la financiación del conjunto de componentes del servicio público de comunicaciones electrónicas", y el ejercicio "en beneficio de los usuarios de una competencia efectiva y leal";

[5] Remplaza la ley del 25 de julio de 1996.

[6] La ley número 2005-516 del 20 de mayo de 2005 sobre la regulación de las actividades postales transformó la ART en ARCEP, y extendió sus misiones a la regulación de las comunicaciones electrónicas y de las actividades postales.

la ley del 9 de julio de 2004 amplió la lista de objetivos que la regulación debe alcanzar. Las disposiciones referentes a la organización de la ARCEP apuntan a asegurar su independencia y esta ley no establece la posibilidad de que el ministro dé instrucciones o dirija a la ARCEP (art. L. 130 y siguientes).

No se encuentran definiciones comparables en las legislaciones de los otros paises estudiados, pero esto no quiere decir que no se encuentren ciertas indicaciones al respecto. Sin embargo, esas indicaciones deben buscarse en las disposiciones de muchas leyes o algunas veces en la jurisprudencia. Su interpretación es entonces de naturaleza doctrinal. A falta de definición, difundir una banalización del uso de la palabra "regulación" en ámbitos diversos, diluye su sentido acercándolo del sentido de la palabra reglamentación.[7]

2. Interpretaciones de la jurisprudencia

Paradójicamente, a pesar de que el Reino Unido haya servido de modelo para otros países por su evolución política e institucional, no se encuentra en la legislación británica, ni en su jurisprudencia, una definición de la regulación. La razón es sin duda que la regulación fue la consecuencia de la política de la privatización; ésta tuvo como primer objetivo asegurar la apertura a la competencia ante la presencia de operadores de vieja data; sin embargo, a finales de los años 90 esta política incorporó objetivos no económicos. Esta revolución se puede percibir también en la jurisprudencia. La palabra *regulator* se utiliza corrientemente en la jurisprudencia reciente, a propósito de organismos muy variados a los que posiblemente no se hubiere pensado calificar así.[8] Este

[7] Un reciente ejemplo de esta situación se establece en Italia a través del projecto de ley 409 de febrero de 2009, titulado "Disposizioni per la regolazione del conflitto sindacale nel settore dei trasporti pubblici", que reglamenta las condiciones de la declaración de huelga en ese sector. Podemos citar igualmente la ley 57/2001 del 27 de marzo de 2001 titulada « Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati », la cual en materia de seguros califica de « funzioni di vigilanza » las funciones asignadas a la autoridad encargada de esta "regulación" (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP) artículo 2 de esta ley.

[8] Por ejemplo, la *Housing Corporation,* organismo nacional de control de las cooperativas de vivienda (R(*Clays Lane Housin Cooperative) v. Housing Corporation)*, CA, fallo pronunciado el 8 de diciembre de 2004, o la Autoridad de Servicios Financieros (*R*(*Davis and others) v. Financial Services Authority),* CA, fallo pronunciado el 30 de julio de 2003, o el Director general del acueducto

sustantivo tiene la misma ambigüedad semántica que la palabra *regulation.* Pero algunos casos especiales aclaran esta situación. Es así como el fallo de la Corte de apelaciones del 10 de julio de 2002, presenta un caso que enfrentó a los administradores judiciales de *Railtrack,* operador de las infraestructuras ferroviarias en situación de quiebra, y el *Rail regulator,* establecido por la ley de transportes del año 2000 (que modificó la ley de privatización de 1993).[9]

El ministro había logrado que se nombraran administradores judiciales para Railtrack, pues esta sociedad no podía seguir cumpliendo con sus obligaciones. Aunque se trataba de administradores nombrados con base en la ley de empresas en quiebra de 1986 (*Insolvency Act 1986)* , estos administradores eran especiales porque su misión no es solamente proteger los derechos de los acreedores sino también asegurar la recuperación de la empresa, incluso si ésta necesita el apoyo financiero del poder público, "*because it is in the national interest that the railways should continue to function as effectively as possible, even if it is necessary for a railway company to be subject to a Railway Administration Order*" (parágrafo 12).[10] Pero, cuando los administradores especiales se opusieron a ciertas cláusulas propuestas por un transportador de carga para la renovación de su contrato de acceso a la red, se suscitó una pregunta sobre la autoridad de las indicaciones que podría dar el *Rail Regulator,* en virtud de la ley (sección 17) para garantizar el acceso a la red. ¿Debía prevalecer el poder de los administradores judiciales sobre los del regulador, o debía ser a la inversa? Aunque los administradores y el transportador hayan llegado a un acuerdo, el regulador pidió a la Corte[11] decidir en

(*Director General of Water Services) (Marcic v. Thames Water Utilities Ltd,* [2003] UKHL 66) (publicados por http://lawreports.co.uk).

[9] *Winsor v. Special Railway Administrators of Railtrack Plc* [2002] EWCA Civ 955 (10 de Julio de 2002).

[10] Porque es del interés nacional que las vías férreas sigan funcionando de la manera más eficiente posible, incluso si es necesario que una compañía ferroviaria quede sujeta al Ordenamiento de Administración Ferroviaria.

[11] *Chancery Division* de la *High Court.*

derecho sobre este punto;[12] la Corte de Apelaciones dio la razón al regulador sobre los administradores judiciales por motivos que vale la pena resumir. La Corte consideró que el regulador no es ni un juez ni un árbitro, y que su misión no se sitúa en el mismo plano que la de los administradores judiciales. Para la Corte, los primeros jueces subestimaron la "naturaleza reglamentaria" (*the regulatory nature)* de la sección 17, y el regulador debió tomar en cuenta consideraciones ajenas a los intereses de las partes. La Corte añadió que *"while the desirability of not interfering with administration is relevant to the issue we have to determine, more important is the broader public interest role of the Rail Regulator which goes beyond the interest of even the administration of a rail company as important as Railtrack*"[13] (parágrafo 32). La misión del regulador no se modifica en nada, según la Corte de Apelaciones, por el mandato de los administradores judiciales. "*Because of his statutory responsibilities, the Rail Regulator is better placed to make an overall assessment of what is in the interest of the rail network than the Railway Administrators or even the court"*[14] (parágrafo 33). Ya sea que ejerza su poder de instrucción o que apruebe los contratos de acceso, el regulador "*is performing a broader role than that required of a judicial or quasi-judicial decision-maker. Furthermore, even though the decision is not that selected either by the applicant or the facility owner (here respectively EWS and Railtrack) the decision is not reached as a result of a "legal process" "against the company" (here, against Railtrack)"*[15] (aquí, en contra de Railtrack) (parágrafo 34).

---

[12] Los administradores judiciales y la empresa de carga habían llegado a un acuerdo entre sí y habían notificado al *Rail Regulator,* pero este último solicitó al juez que se pronunciara sobre los derechos de las partes en conflicto, tal como lo permite el procedimiento británico.

[13] "Mientras que el deseo de no interferir con la administración sea relevante para el asunto que debemos determinar, más importante es el rol de interés público más general del *Rail Regulator* puesto que va más allá de los intereses incluso de la administración de una compañía ferroviaria tan importante como *Railtrack*"

[14] Debido a sus responsabilidades estatutarias, el *Rail Regulator* está mejor situado para realizar una valoración general de los intereses de la red ferroviaria, que los administradores ferroviarios, o incluso la Corte"

[15] Tiene un rol más general de aquel que se requiere de un ente judicial o cuasi-judicial que toma decisiones. Además, incluso a pesar de que la decisión no sea aquella preferida por el solicitante o por el dueño de las instalaciones (aquí respectivamente *English Welsh & Scottish Railway*

En este fallo vemos que el regulador es el guardián de un interés público definido por la ley, se trata no solamente de asegurar el derecho de acceso a la red, sino también de asegurar la continuidad de los servicios ferroviarios, y este interés público es superior a los intereses cuya salvaguarda se confía a los administradores judiciales, en la medida en que los poderes del regulador priman sobre los de estos administradores; el regulador es entonces una autoridad administrativa que se distingue, tanto por su misión como por los procedimientos a los que obedecen sus decisiones, a la vez de cortes judiciales y de tribunales (*quasi-judicial decision-maker).*

Otras decisiones han confirmado esta interpretación. En la jurisprudencia, la función del regulador constituye entonces el punto esencial si se tiene en cuenta la ambivalencia del termino *"regulation"* en inglés, como ya lo habiamos señalado. Por ejemplo, la "Civil Aviation Authority" (cuya decisión en materia de tasas de seguridad para el aereopuerto de Gatwick fue impugnada por una compañía) es libre de utilizar los medios necesarios para investigar, siempre que tomen efectivamente en consideración todos los elementos que le son presentados para tomar la decisión que responda de mejor manera al interés público del que es "guardián" en su calidad de "regulador".[16] La Corte de apelaciones en una decisión proferida en el 2007 definió en su *obiter dictum* el regulador como: "a person called upon to discharge duties of monitoring another within limits for the benefit of a class of persons". El regulador, quien es igualmente una persona pública, puede actuar en ese sentido en el marco de un contrato suscrito con una persona privada (caso de los comisarios de cuentas) "appointed because of the public interest in the regulation of a particular industry and who is publicly funded". Su acción cuestiona entonces una política pública, lo cual

Limited y *Railtrack*), la decisión no se alcanza como resultado de un "proceso legal" "en contra de la compañía"

[16] Easyjet Airline Company Ltd v. The Civil Aviation Authority [2009] EWHC 1422 (Admin), 20 juin 2009.

a pesar de escapar tradicionalmente del control judicial no permite excluir una posible evolución en dicho campo.[17]

En Bélgica, si bien la legislación no dice nada sobre el tema,[18] el Consejo de Estado expresó su definición en un concepto del 5 de junio de 2002 sobre el ante proyecto de ley sobre el estatuto regulador de los correos y las telecomunicaciones. El Consejo de Estado distingue con cuidado las "tareas reglamentarias" de las misiones de las "autoridades reglamentarias nacionales" en el sentido de la directiva marco del 7 de marzo de 2002, lo cual no parecía evidente de primera vista. Por "tareas reglamentarias", se debe entender "toda intervención de la autoridad administrativa, ya se trate de una medida general y abstracta, o de una decisión particular". Pero, sobre el plano constitucional, "la Sección de legislación ha recordado varias veces que no es posible que una regla general y abstracta sea fijada sin intervención directa de una autoridad política responsable". El Consejo de Estado precisa entonces que utiliza la palabra "regulación" en un sentido estricto: se trata de la "toma de decisiones particulares por parte de una autoridad administrativa que tiene un amplio poder discrecional, en oposición a la reglamentación, que cubre tradicionalmente en la terminología interna, solamente las normas generales abstractas".[19] Además, las misiones de regulación se relacionan con el mercado.[20] Esta definición es muy restrictiva y traduce la voluntad del Consejo de Estado de limitar el desarrollo de la reglamentación que podría emanar de las autoridades de regulación.

---

[17] Jain & Anor v. Trent Strategic Health Authority [2007] EWCA Civ 1186, 22 novembre 2007 (par. 39 et 60-64).

[18] En comparación, la ley del 17 de enero de 2003 sobre el estatus del regulador de correos y telecomunicaciones utiliza la palabra "regulador", pero no contiene ninguna disposición, a propósito de las atribuciones o de la organización del Instituto Belga de Correos y Telecomunicaciones (IBPT), que pueda leerse como una definición en términos de regulación. Se puede sin embargo suponer que dado que se califica al IBPT como regulador, sus atribuciones conciernen entonces al tema de la regulación. Podemos suponer que, como la IBTP fue calificada como regulador, sus atribuciones corresponden a la regulación.

[19] Recomendación No. 33.255/4 publicado con el proyecto de ley, Cámara de Representantes, 50ava legislatura, Doc. 50.1937/001, nota 17, p.64.

[20] *Ibid,* p. 64.

3. Otras indicaciones obtenidas del derecho positivo nacional

En Dinamarca, se puede hacer referencia a la ley sobre la competencia, cuyo artículo segundo, parágrafo 2, excluye la aplicación de las disposiciones de las partes 2 y 3 de la ley. Estas normas aseguran el respeto a las reglas de la competencia, "cuando una práctica anti-competitiva es la consecuencia directa o necesaria de una reglamentación pública", y la misma disposición prosigue: "una práctica anti-competitiva es indispensable para el cumplimiento de las competencias legales que se le atribuyen a las colectividades locales". Se deduce que la regulación se asimila entonces a una derogación de las reglas sobre la competencia con el fin de beneficiar al interés público. Por el contrario, en Finlandia, donde la legislación relativa a los sectores desmonopolizados fue muy influenciada por el ejemplo de los Estados Unidos y las teorías sobre la "economía del derecho", la legislación sugiere una asimilación entre regulación y apertura a la competencia, bajo reserva de las obligaciones que se le imponen a las empresas afectadas.

En Grecia la jurisprudencia parece considerar que la regulación se aplica a los servicios públicos, frente a los cuales el Estado no puede renunciar a su responsabilidad. Por el contrario, en España, según la legislación la regulación se entiende más bien como una alternativa al servicio público, como lo subraya la exposición de motivos de la ley de 1997 sobre la liberalización de la electricidad, según la cual, se abandona la noción de servicio público. En Italia, la introducción de la regulación se acompaña de la introducción en el derecho, de una nueva noción, mediante la ley No. 481 de 1995 sobre la electricidad y el gas. Esta ley se dirige, en efecto, a la "regulación de los servicios de utilidad pública", con lo que se retoma una terminología americana y británica: las *public utilities*, distinguiéndolos de los servicios públicos. Sin embargo, el decreto legislativo No. 80 del 31 de marzo de 1998 (art. 33) modificado, que atribuye al juez administrativo la competencia sobre todos los litigios en materia de servicios públicos, precisa que esto comprende en particular las telecomunicaciones y los servicios enunciados por la ley no. 481.

La noción de regulación aparece con frecuencia en la legislación bajo el aspecto institucional, ya sea en los intitulados de las leyes, o dentro de las denominaciones de las autoridades de regulación, pero esto no significa que se

utilice una noción precisa o explícita de regulación (Portugal). Por ejemplo, en Italia, el decreto legislativo No. 188 de 2003 sobre la apertura a la competencia de los mercados de servicios ferroviarios califica al ministerio como un "organismo de regulación", mientras que el decreto legislativo No. 261 de 1999 sobre la liberalización del servicio postal califica al ministerio, esta vez, como una "autoridad de reglamentación".

4. Elementos extraídos del derecho comunitario

Desde esta perspectiva, si bien el derecho comunitario ha determinado con frecuencia la evolución del derecho nacional en este campo, no es más preciso que los derechos nacionales. Stéphane Rodrigues se apoya en el artículo III-122 del antiguo proyecto del tratado relativo a la Constitución Europea, que retoma el artículo 16 del tratado sobre la Comunidad Europea, que surgió a su vez del tratado de Ámsterdam, para proponer una definición que establece que la regulación sería "la función atribuida a los poderes públicos para velar por el buen funcionamiento de los servicios públicos".[21] Pero no se puede dejar de notar que las directivas europeas están más orientadas hacia la competencia de mercado que hacia el servicio público. Además, la terminología utilizada por el derecho comunitario sigue siendo imprecisa. Mientras que la directiva 2002/21 del 7 de marzo de 2002 referente a un "marco reglamentario común" para las redes y servicios de comunicación electrónica (llamada directiva "marco") prevé la implementación por parte de los Estados miembros de "autoridades reglamentarias nacionales", la directiva 2003/53 sobre las "reglas comunes para el mercado de la electricidad" prevé "autoridades de regulación nacional", mientras que la versión inglesa de esta última directiva utiliza la expresión "*regulatory authorities".* Además, ninguna directiva, en el extenso artículo que se dedica a definir las nociones que se utilizarán, toma el riesgo de definir la palabra "regulación".

Según el informe Stoffaës de 2003, se pueden distinguir sin embargo "formas comunes" de regulación que se encuentran en todos los países, a partir

[21] Ver su contribución en este libro.

de la trasposición de las directivas comunitarias: la implementación de autoridades de regulación independientes, la llegada de nuevos actores a los mercados para hacer frente al operador tradicional, la distinción entre infraestructura y servicio, el que se asuman obligaciones de servicio público y la formulación de reglas para la asignación de recursos escasos. Estas formas comunes se encuentran en la legislación de los Estados miembros, al menos para los sectores considerados, incluso si se constatan variaciones importantes en la transposición. Si la regulación es un "concepto en formación" (*ibid.)*, estas formas pueden constituir su base.[22]

No se encuentra mayor unidad de criterios en la literatura científica.

B. Las fuentes del continente americano

La ambigüedad lingüística que habíamos señalado se encuentra también en la evolución misma del derecho americano, tanto en el norte como en el sur del continente.

1. La evolución de la noción de regulación en los Estados Unidos

Es habitual referirse a las agencias federales estadounidenses como las antecesoras de las autoridades nacionales de regulación que se encuentran hoy en día en la mayor parte de los Estados europeos y, por extensión, se admite, muchas veces sin decirlo, que ellas dieron origen a la noción de regulación. Como lo muestra Dominique Custos en su contribución sobre los Estados Unidos, esta asimilación se basa en un contrasentido. En efecto, las primeras agencias, comenzando por la *Interstate Commerce Commission,* tenían como misión reglamentar (*regulate)* la actividad económica de las empresas de ciertos sectores mediante la utilización de poderes de policía que les delegaba el Congreso, con el fin de preservar el interés público. Estas agencias constituían una forma de intervencionismo económico dentro de un marco político en el que no existía la posibilidad de crear empresas públicas, salvo, muy excepcionalmente, ni

[22] *Vers une régulation européenne des réseaux*. Informe del grupo presidido por Christian Stoffaës, colección ISUPE, p. 14.

de nacionalizar las empresas privadas. La reglamentación era una alternativa a la competencia, cuando ésta no existía o no tenía la capacidad de garantizar que se satisficiera el interés público. La reglamentación limitaba o incluso excluía la competencia, por los derechos exclusivos que ella podía otorgar. Las críticas que sufrió esta política durante los años 60 y 70 llevaron a que fuera cuestionada a partir de la presidencia de Jimmy Carter, quien llevó a cabo una política que tuvo el propósito de suprimir las reglamentaciones que obstaculizaban la libre competencia.

Esta política de *desregulación,* que habíamos traducido en ese entonces correctamente por "desreglamentación",[23] condujo a una revisión fundamental de la reglamentación de numerosos sectores económicos, aquellos todavía llamados "industrias reguladas". Para crear condiciones para la libre competencia se eliminaron las reglamentaciones que apuntaban justamente a reducirla o a excluirla, lo que condujo a la supresión de ciertas agencias, en particular de la agencia de la energía (*Federal Power Commission)* en 1977, la agencia de la aviación civil (*Civil Aeronautics Board)* en 1985, y la *Interstate Commerce Commission en 1995.* Las funciones de estas agencias se redefinieron y se redistribuyeron entre los departamentos federales y las nuevas agencias, que ya no contaron con la independencia orgánica de las primeras. Desde entonces, la reglamentación tiene el propósito de crear las condiciones para la competencia, y no de sustituirla; la agencia, cuando existe, viene a ser una agencia sectorial para la competencia. Si hay una influencia estadounidense sobre las experiencias europeas, se da sobretodo teniendo en cuenta esa diferencia: es la *deregulation* estadounidense la que podemos considerar como una de las fuentes de la regulación en Europa, pero su verdadero alcance no se percibió: lo que estaba

[23] Pero con otra ambigüedad: la desreglamentación se entendía ante todo como una respuesta a la inflación normativa, al peso creciente de la reglamentación sobre las empresas y por lo tanto se entendía sobretodo bajo un punto de vista cuantitativo (ver IFS, 1988, *Les déréglementations. Étude comparative,* Economica, en particular la contribución de Célin Wiener, "La inflación normativa y sus consecuencias", p. 48-74). Para Jacques Chevallier, en esa misma obra, la reglamentación es uno de los modos de la regulación, y la desreglamentación refleja una crisis de la regulación en el ámbito jurídico, lo que abre el camino a otras formas de regulación ("Las políticas de desreglamentación", en particular p. 44-45).

en juego era más la creación de condiciones de mercados competitivos que el aligeramiento del peso de la regulación. La otra lección de la evolución reciente de la regulación en los Estados Unidos muchas veces se omite: la regulación está sometida al control del Congreso, pero se asegura la independencia de la "función adjudicativa", que corresponde a decisiones individuales.[24]

2. Servicio público y regulación en Brasil y en Argentina

Es en ese primer sentido que en un principio se recibió la *regulation* en ciertos países de América Latina, pero el lugar que ocupó el sector público en esos países a lo largo del siglo XX no permitió que se desarrollara. Fue más bien la noción de servicio público venida de Europa, pero que rápidamente se diferenció de sus fuentes, la que prevaleció. El profesor Grau cita para el caso de Bra sil una obra de Luiz Anhaia Mello publicada en 1940 que trata sobre "los problemas económicos de los servicios de utilidad pública". En esta obra el autor defiende el establecimiento de un régimen de monopolio para los servicios de utilidad pública en la medida en que son monopolios naturales, y considera que su actividad debe ser regulada por "autoridades independientes" que ejerzan un poder policivo conferido por el estado. Parece sin embargo que esa obra tuvo poco eco. En efecto, en el derecho brasileño no se encuentran agencias reguladoras antes de los años 90, incluso si por analogía se pueden encontrar algunos antecedentes.[25] Pero las agencias que fueron creadas durante los años 90 se parecen más a las comisiones reglamentarias estadounidenses del primer período que a las autoridades reguladoras europeas; mientras que estas últimas acuden a la competencia entre agentes para atribuir concesiones o licencias, las primeras otorgan derechos exclusivos; las agencias de Brasil no tienen la misión de establecer un mercado. Eso es lo que sucede por ejemplo con la electricidad, que se explota mediante un régimen de concesiones (ley 9.427/1996), y en menor medida con las telecomunica-

[24] Zoller, E., 2004. "Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie", RFDA, 20 (4), en particular p. 767 y 770.

[25] Filho, M-J, 2002. *O direito das agências reguladoras independientes*. Sao Paulo, Dialética, p.329 s.

ciones, para las que la ley organiza de manera diferenciada un régimen público, sobre la base de concesiones, y un régimen privado para la explotación de los servicios de telecomunicaciones sobre la base de un régimen de autorización (ley 9.472/1997). Dentro de las obras de derecho administrativo, la regulación se aborda esencialmente a través de su dimensión institucional, es decir, a través de las agencias reguladoras, que en ocasiones han sido creadas en ámbitos económicos (como por ejemplo la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria, ley 9.782/1999), pero su función no está integrada al estudio de los servicios públicos.[26]

En Argentina, la jurisprudencia estadounidense sobre las *public utilities* inspiró la jurisprudencia de la Corte Suprema desde los años 20, justificando mediante la noción de servicio público la no aplicación de las reglas de competencia. Pero, desde finales del siglo XIX, una importante corriente del pensamiento jurídico argentino defendió la adopción del modelo norteamericano. Sin embargo, la doctrina del servicio público prevaleció. Esta noción encontró una expresión en la Constitución de 1853 y en las primeras leyes sobre las vías férreas, y después en otras leyes que organizaron ciertas actividades colocadas bajo el control del Estado; la Corte suprema admitió, desde 1864 que el servicio público no debía estar sometido al derecho común, sino a un derecho especial que preservaba las prerrogativas del poder público, en particular mediante los contratos de concesión. Esta evolución creó un terreno favorable para la recepción de la doctrina francesa del derecho público, que se volvió dominante a comienzos del siglo, en particular bajo la influencia de Rafael Bielsa.[27] En este contexto, la influencia de la teoría estadounidense de las *public utilities* se vio limitada. La concesión fue la forma clásica que se utilizó para la implementación de los servicios públicos, hasta Constitución de 1949 que llevó a la compra de las concesiones por parte del Estado. Los servicios públicos estuvieron integrados al sector público hasta comienzos de los años

[26] Ver en particular: Bandeira de Mello, C.-A., 2003. *Curso de direito administrativo ,* Malheiros, 15ed.*,* ver en especial p.156 y 611; Medauar, O., 2003, *Direito administrativo moderno*, Ed. Revista dos Tribunas, 7ª ed. P.80 y 337.

[27] Lo que precede se apoya en el apasionante libro de Jorge Luis Salomoni, 1999, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, en particular, p.159-189.

90. Durante esa década la liberalización fue mucho más radical en Argentina, bajo la presidencia de Carlos Menem, que en Brasil. Sin embargo, la situación jurídica no es muy diferente hoy en día en Argentina. La regulación debía ser la auxiliar de los servicios públicos, y la privatización fue acompañada de un retorno a las concesiones, antes de la creación de condiciones para mercados de libre competencia. Cuando se crearon autoridades reguladoras independientes, ésto se hizo más con referencia de las agencias estadounidenses de comienzos de siglo, que de la reglamentación como sustituta de la competencia. Esto se deja ver bien en los comentarios de la Constitución de 1994. El artículo 42 de la Constitución Argentina, dice que "la legislación establecerá los marcos reguladores de los servicios públicos de alcance nacional […]" y se interpreta en el sentido en que los "marcos reguladores" de los servicios públicos deben ser fijados por la ley; las privatizaciones cambian el sentido de la regulación pero no implican la *despublicatio* de ésta, ni un distanciamiento del derecho público, sino más bien una transformación del derecho público.[28] Como lo escribe el profesor Comadira, con la reforma del Estado emprendida en 1989,[29] la *titularidad* del Estado no se ejerce sobre las actividades de servicio público, sino sobre la regulación de esas actividades. Las autoridades reguladoras se crearon bajo el modelo de las agencias estadounidenses a partir de ese momento,[30] ¿pero con el objetivo de proteger el interés público, tal cual es definido por la ley que las instituyó, y no con el propósito de establecer las condiciones para un mercado competitivo; tal objetivo no se menciona entre los que les son asignados a las agencias.[31] En lo que concierne por ejemplo a las telecomunicaciones, se creó competencia mediante el otorgamiento de licencias que en un principio fueron exclusivas para una zona, y un tipo determinado de servicio. En el caso del teléfono fijo, la licencia inicial fue de cinco años, con una posible prórroga de

[28] Dromi R. Menem E., 1994. *La Constitución reformada.* Ed. Ciudad Argentina, p. 157.

[29] Ley No. 23.696 del 17 de agosto de 1989 "Reforma del Estado", BO del 23 de agosto.

[30] Aunque se pueden citar precedentes que se dieron después de la gran crisis de 1929, hoy en día se hace referencia a las agencias creadas a partir de 1989. Ver también: Bianchi A.-R., 2004. "Los entes reguladores", en: *Servicio público, policía y fomento,* Jornadas organizadas por la universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ed. RAP, p. 149-207.

[31] Julio R. Comadira, ver su contribución en este libro.

tres años; después de ese período el mercado se abrió a la competencia.[32] La privatización era el objetivo estratégico del gobierno y la regulación se organizó solamente después de ésta; sus modalidades y sobretodo su funcionamiento fueron criticados por ser desfavorables a los consumidores y a los nuevos participantes del mercado.[33] Ha sido solo recientemente que la legislación y la jurisprudencia se han interesado de forma directa por las condiciones de la competencia como marco de gestión para las actividades del servicio público, un enfoque que se considera de origen europeo, y que los autores distinguen como "neo-regulación".[34] Una nueva forma de regulación, dirigida no, en contra de la competencia, sino más bien contra las barreras a la competencia.[35]

Pero en cualquier caso, en la práctica, hoy en día tanto en Argentina como en Brasil, la regulación está orientada más a controlar a los concesionarios y a reglamentar los litigios con los usuarios, y se aplica a la explotación de derechos exclusivos.[36]

C. La regulación en la literatura jurídica de los Estados europeos: panorama

Este recuento de la noción de regulación norteamericana y de su reciente influencia en el derecho público de Brasil y Argentina permite apreciar mejor la originalidad de la concepción que se expresa en el derecho comunitario. Desde 1987, una política sostenida de integración de los mercados ha tenido como fin la reducción y supresión de los monopolios nacionales, la creación de condiciones para un mercado competitivo en los ámbitos afectados (en su ma-

---

[32] Dromi R., 1999. Derecho telefónico, Buenos Aires, Ciudad Argentina, p. 280 s.

[33] Hill A., Abdala M.-A., 1996. "Argentina: the sequencing of privatization and regulation", p. 2002-249, en Levy B., Spiller P.T. (ed.). *Regulations, institutions and commitment Comparative studies of telecommunications.* Cambridge (Mass), Cambridge University Press.

[34] Esta expresión proviene de la escuela jurídica neo-liberal de España: ver Ariño Ortiz G. 1993. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público.* Madrid, Marcial Pons, p. 60.

[35] Ver Aguilar Valdez O.R., 2004. "Competencia y regulación económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio", p.59-121, y en particular p.102-115, en: *Servicio público, policía y fomento,* op. cit.

[36] Ver por ejemplo Dromi, R., 2000. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, p.640-642.

yoría servicios públicos, al menos en el sentido francés del término) y la creación de medidas para asegurar una aplicación uniforme de la política en toda la Comunidad Europea. Aquello que se llama regulación se desarrolló con la implementación de esta política, y los sistemas de regulación definidos por las directivas comunitarias apuntan al mismo tiempo a crear condiciones para un mercado competitivo y a lograr ciertos objetivos no económicos.

La literatura especializada de los Estados estudiados, adopta con frecuencia una concepción muy extensa de regulación, sobretodo en los países en los que el derecho positivo da pocas indicaciones sobre el sentido de esta noción. Para simplificar, se pueden distinguir dos tendencias dominantes: según la primera, la regulación es ante todo una noción económica, a la que el derecho responde mediante ciertas evoluciones jurídicas institucionales; según la segunda tendencia, la regulación es sobretodo una noción jurídica. Se evidenciará que el interés de la literatura jurídica especializada sobre la discusión de la noción de regulación es muy desigual. Recordemos que aquí únicamente se hace referencia a la literatura jurídica y se hace a un lado la literatura profesional, que se interesa poco por el alcance de las nociones que se emplean.

1. Las concepciones predominantemente económicas

Es notable que se encuentre relativamente poca literatura jurídica británica sobre este tema (que ha sido tratado sobretodo por los economistas), dado que con frecuencia la experiencia británica se utiliza como ejemplo.[37] Además, cuando los juristas escriben sobre este tema, hacen referencia principalmente a la literatura de las ciencias económicas o políticas, o incluso a los textos sobre políticas públicas de las autoridades gubernamentales. Esa es la misma concepción que tiene la Cámara de los Lores, no en tanto que alta jurisdicción, sino en tanto que órgano parlamentario, en su informe de 2004 sobre las autoridades de regulación. Según ese informe, que se apoya en una obra de economía y no en referencias jurídicas, es posible distinguir tres tipos de regula-

[37] Ver la bibliografía en la contribución de John Mac Eldowney sobre el Reino Unido.

ción en función de su finalidad: la regulación económica, que tiene el propósito de controlar el poder del monopolio, la regulación de los bienes públicos y las externalidades, tales como la polución, y la regulación social.[38] La regulación puede entonces definirse como "toda acción de un organismo gubernamental o similar que tenga por objetivo, en el ejercicio de ciertas funciones, cambiar los comportamientos".[39] Según una definición como ésta, toda intervención pública implica regulación. Este también es el enfoque de Anthony Ogus, quien distingue la regulación social, justificada por las asimetrías de la información y por la existencia de externalidades, de la regulación económica que se impone cuando el mercado no es suficientemente concurrencial.[40] Además, se pueden distinguir al menos dos tendencias, según John McEldowney: para unos, la regulación apunta esencialmente a asegurar un mercado competitivo y económicamente eficiente de las *public utilities*, mientras que para otros, la regulación debe conllevar un ethos de servicio público y promover la participación de los ciudadanos-consumidores en la regulación, en especial debido al desplazamiento del suministro de los servicios públicos hacia el sector privado. Tony Prosser distingue dos modelos principales de regulación, pero fundados esencialmente sobre criterios no jurídicos: el modelo "contractual", que analiza la regulación como una relación bilateral entre el regulador y la firma dominante regulada, modelo que puede tener varias variantes; y el modelo de los "grupos de interés" (*stakeholder theory),* en el que el gobierno establece un marco explícito para los reguladores que apunta a equilibrar el interés nacional y los diferentes intereses en causa, lo que remite a procedimientos para producir ese equilibrio, y en donde la reglamentación de los procedimientos remplaza la reglamentación material. Tony Prosser critica estas teorías y más bien las opone a la concepción de un "espacio de regulación" (*regulatory space)* definido por un marco de principios constitucionales, fuente de principios

[38] House of Lords, Select Committee on the Constitution. *The regulatory state: ensuring its accountability,* 6th Report of Session 2003-2004, HL Paper 68, vol. 1. 17.

[39] *Ibid*, parágrafo 24.

[40] Anthony Ogus (2002), "Regulatory institutions and structures", *Annals of Public and Cooperative Economics*, 73:4, pp.629-630, principalmente.

de acción o de derechos, y el concepto de institucionalización de los procesos democráticos en el espacio público.[41]

En Francia, pero también en Italia y España, la noción de regulación renovó el debate clásico sobre los servicios públicos y el rol del estado; esta noción dio lugar a muchas publicaciones de enfoque teórico. Pero por lo general ésta se entiende de forma muy general, bajo la influencia de la economía. También se puede comprender esta noción como la visión actual de la política económica, asimilándola al "pilotaje" de un sistema complejo, lo que conduce a reinterpretar en referencia a la regulación, los grandes temas de la política económica.[42] Los juristas que entienden la regulación con base en el análisis económico también siguen este enfoque como Bertrand de Marais y Gaspar Artiño Ortiz. El primero, autor de una importante obra titulada *Derecho público de la regulación económica,*[43] define la regulación de forma sucesiva en términos de técnica (por referencia en especial a la cibernética), de política económica y de sociología política, pero no en términos jurídicos. El segundo, en un libro sobre las relaciones entre el Estado y la economía, entiende la regulación como el conjunto de formas de intervención del Estado en la economía, y distingue varios tipos de regulación; pero, mientras que la regulación clásica, cualquiera que sea la forma, era un sustituto del mercado, la regulación moderna tiene por objeto favorecer el funcionamiento del mercado y no de sustituirlo para alcanzar objetivos políticos.[44]

En Bélgica, el tema de la regulación apenas se discute entre los juristas. Este ha sido utilizado para presentar la evolución en la moda de producción y de aplicación del derecho[45] y del retiro de Estado, que se refleja en los poderes limi-

---

[41] Prosser T., 1999, "Theorising utility regulation", *Modern Law Review,* 62 (2), p. 196-217. Del mismo autor, ver también, 1997, *Law and the regulators*. Oxford, Clarendon.

[42] Prager J.-Cl. Villeroy de Galhau F., 2003. *Dix huit leçons sur la politique économique. Á la recherche de la régulation,* Seuil, en particular p. 17 y 529.

[43] Du Marais B., 2004. *Droit public de la régulation économique*, París, Presses de Sciences Po/Dalloz, en particular p. 482 s.

[44] Ariño Ortiz, G.. 1993. *Economía y estado. Crisis y reforma del sector público.* Madrid, Marcial Pons, p.60 y 272 s.

[45] X. Delgrange / L. Detroux / H. Dumont (1999), « La régulation en droit public », en: *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruselas, p.70 ss.

tados de las autoridades administrativas independientes.[46] Esto parece explicar que la Constitución no contenga ningún principio de orden económico, y que desde la Segunda Guerra Mundial Bélgica no haya vivido ni nacionalizaciones ni privatizaciones. El comentario de la legislación, referente a la trasposición de las directivas comunitarias, no ha suscitado tampoco debates sobre la noción de regulación o sobre su definición.

Ciertos autores tratan la noción de regulación como la descripción de la evolución de las funciones del Estado especialmente respecto de las nuevas relaciones entre el poder público y el mercado, pero que tiene poco alcance en el plano jurídico, pues no tiene incidencia sobre el régimen de actos. Los poderes y los instrumentos que se implementan en el ejercicio de la regulación se diferencian poco de aquellos que ya son bien conocidos por las formas clásicas de intervención del poder público. Esta posición también está fuertemente representada en Alemania, en donde el debate es más reciente. La noción de regulación se interpreta dentro de la problemática de la evolución de las funciones del estado: el Estado "prestatario de servicios" cede el paso al Estado como poder público; la regulación corresponde a un cierto retroceso del Estado que es ahora un "garante" que no asume las prestaciones sino que vela para que los intereses públicos esenciales sean respetados por las empresas que están en el mercado.[47] A esta postura se acerca la de Domenico Sorace, para quien la regulación de los servicios de utilidad pública es una extensión de una de las funciones administrativas tradicionales del Estado, que consiste en reglamentar el ejercicio de los derechos y las libertades, y, en los ámbitos económicos, en proteger a los más débiles; pero la función de regulación asume nuevas formas, en particular en el plano institucional.[48]

---

[46] Ver principalmente: Nicolas Thirion (dir.) (2007), *Libéralisation, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations*, Bruselas, Larcier.

[47] Ver en particular, Schuppert F., 1997. "Vom praktizierenden zum gewährleistenden Staat", en König, K., Benz A (eds.). *Privatisierung und staatliche Regulierung, Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk*. Nomos, Baden-Baden, p. 539.

[48] Sorace, D., 2002. *Diritto delle administrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologne, Il Mulino, 2ed, en particular p.71 s. Ver igualmente su informe en este libro: "Regulación, necesidades colectivas y competencia".

2. Las concepciones predominantemente jurídicas

En los países en los que la atención no se concentra prioritariamente en los aspectos institucionales, la literatura trata a la regulación dándole un lugar importante a la teoría del derecho.

Holanda, al igual que Bélgica, ha vivido una gran estabilidad en su organización económica, con un sector público muy limitado. Sin embargo, en este país la literatura jurídica se ha interesado más en el tema de la regulación. Sin embargo, no se ha determinado ni la terminología, ni el sentido que se le da a la noción de regulación. Si bien la palabra *regulierung* puede traducirse como "regulación", no parece tener, sin embargo, un sentido preciso en el lenguaje jurídico. Según B.M.J. Van der Meulen y A.T. Ottow, la palabra inglesa "*regulator"* es "prácticamente intraducible".[49] Aún peor, en la versión holandesa de las directivas comunitarias, se traduce "regulación" por *regelgeving*, y "autoridad nacional de regulación" por *nationale regelgevende instantie* en la directiva sobre electricidad 2003/54, y de la misma manera se traduce la expresión "autoridad reglamentaria" en la directiva marco sobre las comunicaciones electrónicas del 7 de marzo de 2002 (art.8). La expresión holandesa incluye la idea de producir normas, pero en principio las autoridades de regulación holandesas toman decisiones individuales pero no ejercen un poder reglamentario. En la literatura jurídica, la palabra *regulierung* se asocia con frecuencia a *toezicht* que significa vigilancia, pero se emplea con un sentido diferente al que aparece en la Ley General sobre Derecho Administrativo (Wab). El interés por la regulación está ligado al estudio de las modalidades jurídicas que sirven para asegurar el buen funcionamiento de los "nuevos mercados", ligadas a su vez a las ventajas de una regulación sectorial o de una autoridad de competencia general,[50] y rara vez al cumplimiento de misiones de interés general.[51] Además, la literatura jurídica se ocupa cada vez más del estatuto de

[49] Van der Meulen B.M.J., Ottow, A.T., 2003, *Toezicht op markten,* La Haya, Boom, Vereniging voor Bestuursrecht, No. 130, p.26.

[50] De Ru H.J., Peters, J.A.F, (eds.). 2000. *Toezicht en regulering van nieuwe markten: opstellen over de juridische aspecten van regulierin*g, La Haya, Sdu.

[51] Akyürek-Kievits, H.E., 1998, *Tussen protectie en concurrentie. Marktwerking of regulierung voor bedrijven met een taak van algameen belang.,* Tesis, Universdad de Groningen.

las autoridades llamadas independientes y de los límites de sus poderes, antes que de la regulación misma;[52] eso mismo hace el gobierno.[53]

En Dinamarca, la noción de regulación ha dado origen a trabajos teóricos que tienen una concepción bastante amplia de esta noción. En danés, la palabra *regulering* tiene la misma ambivalencia que en inglés tiene la palabra *regulation.* Pero en la teoría jurídica reciente, esta noción ha recibido un sentido más general. Según Nielsen, la regulación abarca todos los modos de producción de reglas, que incluyen tanto la legislación como los acuerdos o aquellas normas producidas por la autorregulación. Según Olsen, quien ha estudiado específicamente la regulación de las *public utilities,* la regulación designa el conjunto de procedimientos mediante los cuales las autoridades públicas pueden controlar a los ciudadanos o a las empresas con el fin de determinar un cierto tipo de comportamiento; esto incluye tanto la legislación como las actividades propias del sector público, como por ejemplo la producción directa de ciertos bienes o servicios. Los otros autores que han publicado textos sobre este tema optan también por una definición amplia.[54]

Aunque la literatura doctrinal sobre el tema sea poco abundante en Grecia, es posible encontrar elementos de una concepción de la regulación coherente con el orden jurídico nacional. Grecia tiene una fuerte tradición de derecho administrativo, en la que la noción de servicio público ocupa un lugar importante. Pero está noción está asociada, incluso más que en Francia, a la aplicación de un régimen de derecho público y al monopolio, incluso bajo la forma de concesión. Sin embargo, las reformas que tuvieron la intención de abrir a la competencia los sectores que desde mucho tiempo atrás estaban bajo el control del estado, no provocaron cuestionamientos

[52] Zwart T., Verhey L. (eds.), 2003. *Agencies in European and comparative law.* Anvers, Intersentia/Metro, Institut G.J. Wiarda, Universidad de Utrecht.

[53] *De kaderstellende visie op toezicht,* Kamerstukken II 2000/2001, 27831, No. 1. En el otoño de 2000, el gobierno había presentado y depositado en el parlamento un proyecto de ley marco sobre los "órganos administrativos autónomos" (*zelfstandige bestuursorgaane* – ó por sus siglas: ZBO), que debía fijar las reglas comunes para todas las instituciones de ese estilo. Pero este proyecto de ley parece haber se abandonó después del cambio de gobierno que se realizó en 2002.

[54] Ver las referencias en la contribución de Ulla Neergaard en el segundo volumen.

doctrinales. El derecho griego conoce la noción de servicio de utilidad pública para actividades privadas que tienen por objeto la satisfacción de necesidades de interés general. La idea de una función reguladora del Estado ha aparecido en la literatura jurídica, pero como una función que se refiere a actividades económicas privadas, para asegurarse que ellas se ejerzan en armonía con el interés general. Según los autores citados, la regulación es pública, se ejerce en un contexto económico y puede recurrir a instrumentos no normativos (planificación, subvenciones…). Esta concepción es bastante flexible para poder acoger las evoluciones actuales: el ámbito del servicio público tradicional se reduce con la extensión de la esfera del mercado y el dominio de la regulación pública se acrecienta en la medida en que deben fijarse objetivos de interés general para las actividades ahora privadas.

Pero otras corrientes tienen una concepción más estrecha y más específica de la regulación, que la relaciona con mutaciones profundas del orden jurídico, en particular en Francia y Alemania.

Recordemos que el Consejo de Estado había señalado la importancia de la noción de regulación desde 1983, en su primer informe sobre las autoridades administrativas independientes, al caracterizar la misión de éstas, reflejando así una evolución del rol del Estado.[55] Para Marie-Anne Frison-Roche,[56] esta evolución corresponde incluso al surgimiento de una nueva rama del derecho. Sin embargo la posición de esta autora no es la dominante.[57] La regulación se acepta entonces como una noción jurídica nueva que da cuenta, en particular, del retroceso de la regla general en beneficio de un "derecho concreto". Este derecho concreto se diferencia de la regla general porque ésta deja un espacio más amplio a las autoridades investidas del poder para contextualizar su aplicación en función de las situaciones particulares y de los objetivos que

[55] "Étude sur les autorités administratives indépendantes", *Études et Documents*, *1983-1984, No. 35, p.20.*

[56] Ver en particular: "Le droit de la régulation", D. 2001 chron. P. 610-616; y también: "Définition du droit de la régulation économique", p.6-15, en: Frison-Roche, M.A. (dir.), 2004. *Les régulations économiques: légitimité et efficacité,* Presses de Sciences Po/Dalloz.

[57] Para la crítica de esta tesis: Boy, L., 2001, "Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.A. Frison-Roche)" *D.* 2001 chron. 37, p. 3031-3038.

se persiguen (Gérard Timsit).[58] Esta nueva noción se expresa en particular en las nuevas relaciones jurídicas que nacen de la introducción de la competencia en sectores que hasta hace poco estaban colocados bajo el control del Estado y sometidos a un régimen de monopolio. Los procedimientos jurídicos utilizados deben entonces reinterpretarse en función de este nuevo contexto.[59] Es esto lo que ilustra la noción de "servicio público de competencia" propuesta por Martin Bullinger, y que es la consecuencia de la regulación que se ha hecho necesaria para la apertura a la competencia y al mercado de los servicios públicos que eran monopolísticos.[60] Para Johannes Masing, la regulación concierne esencialmente los servicios en red que habían sido ubicados bajo el control del Estado y que han sido objeto de políticas de liberalización provenientes de la integración europea y de los cambios tecnológicos. La finalidad de interés general no se asume entonces exclusivamente de forma directa por el Estado, sino de manera indirecta por medio de medidas tendientes a garantizar un resultado preciso: la satisfacción de necesidades. La regulación significa entonces la definición de un marco del mercado que permita introducir la competencia, al asegurar la realización de ciertos objetivos de interés colectivo, con relación a los cuales los resultados del régimen de la competencia son constantemente evaluados y dan lugar a la implementación de mecanismos de incitación que tengan en cuenta el comportamiento del mercado.[61]

Esta última tendencia conduce a hacer de la regulación una noción propiamente jurídica, pero cuyo significado y régimen aún no han sido establecidos, que no parecen idénticos por el momento en los países estudiados y que son todavía objeto de controversias. Mientras que algunos ven en la regulación

[58] Timsit, G., 1997, *Archipel de la norme,* PUF "Les Voies du droit", en particular p. 200 s.

[59] Ver en particular los autores citados por G. Marcou en "Informe sobre Francia" en el segundo volumen.

[60] Ver en el segundo volumen el "Informe sobre Alemania", y ver también Bullinger M., 2004. "L´Allemagne au secours du service public français?", p. 1045-1057, en *Mélanges en l´honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz.

[61] Johannes Masing (2006), *Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?*, Informe para el 66. Deutschen Juristentag, ver en particular p.8-9.

una alternativa al servicio público,[62] que sería una noción pasada de moda, otros ven en ella por el contrario una renovación de los modos de intervención pública y una forma de reproducir o trasponer la idea de servicio público en un marco de competencia económica.[63]

Es también en esa misma dirección que el grupo *Iniciativa por los servicios de utilidad pública en Europa* ha desarrollado sus trabajos desde hace varios años.[64] Es así que el informe del grupo de trabajo, presidido por Christian Stoffaës, que se publicó a finales de 2003, propone un enfoque de la regulación en términos de función y defiende la implementación de una "función comunitaria de la regulación". El informe define las funciones de la regulación en tres puntos: "Prohibir los abusos de poder económico en los sectores en los que existen monopolios naturales, buscar la realización de objetivos de interés general a partir de la unidad de la red de servicio, y buscar un equilibrio entre la competencia y otros imperativos, en particular los de servicio público".[65] No obstante, no es seguro que la elaboración jurídica de la noción de regulación deba limitar su campo a los servicios de red.

La búsqueda de una aproximación jurídica puede conducir a distinguir dos sentidos de la noción de regulación (De Lucia): un sentido débil, según el cual la regulación procura garantizar el buen funcionamiento del sistema competitivo, mientras que, en el sentido fuerte, la regulación busca lograr intereses exteriores al mercado, relativos a la defensa de derechos y de libertades de los ciudadanos.[66] En este último caso, la regulación se une a la garantía de prestación de los servicios públicos.

---

[62] Ariño Ortiz G., 1993. *Op. cit;* pero también, Cuétara de la J.M., Martínez López Muñiz, J.L., 1995. *El nuevo servicio público,* Madrid, Marcial Pons, y en Francia en particular: Chevallier, J.M. Ekeland, I., Frison-Roche M.A. (dir.) 1999. *L´idée de service public est-elle encore soutenable?* PUF.

[63] Ver en este sentido: Moderne F, Marcou G. (dirs.), 2001. *L´idée de service public dans le droit des États de l´Union européenne,* París, L'Harmattan colección "Logiques juridiques"; Vandamme J., Van der Mensbrugghe F. (dirs.), 1998. *La régulation des services publics en Europe,* París, ASPE Europe colección TEPSA.

[64] Este grupo fue creado en 1993 por directivos y expertos de grandes empresas de servicios públicos y colabora con juristas y economistas universitarios. Es presidido por Christian Stoffaës.

[65] *Vers une régulation européenne des réseaux, op. cit.,* p.27-28.

[66] De Lucia L., 2002. *La regolazione amministrativa dei servizi di publica utilità*, Turin, Giappihielli.

D. La conciliación de la competencia y de los objetivos sociales mediante la regulación del mercado

Acabamos de registrar la diversidad de concepciones de regulación, tanto en la literatura jurídica como en el derecho positivo. Esta diversidad no debe sin embargo ocultar ciertas convergencias. La más importante está en que la regulación ya no está comprendida dentro de una óptica exclusivamente económica y de competencia, sino integrada a objetivos no económicos, que llamaremos sociales, en un sentido amplio, para expresar que no están orientados a buscar una eficiencia económica. Diremos que la regulación es una función del poder público que procura producir un compromiso, que se impone a los agentes económicos mediante técnicas jurídicas en un mercado competitivo, entre valores que pueden ser antinómicos, entre objetivos económicos y objetivos sociales, o, si se prefiere, que es una función del poder público que tiene el propósito de satisfacer necesidades colectivas mediante actividades económicas en régimen de competencia. Los objetivos sociales, en el sentido indicado, corresponden a regímenes jurídicos distintos, con los que el régimen de competencia debe transigir.

1. La regulación como función del poder público que procura satisfacer necesidades colectivas mediante actividades económicas en régimen de competencia

Según Domenico Sorace,[67] la regulación se impuso por la confrontación de una doble necesidad, asumida por la Comunidad Europea y los Estados miembros: por una parte, la generalización del régimen de competencia a las actividades económicas que hasta entonces se asimilaban a servicios públicos, con frecuencia ejercidas bajo el régimen de monopolio, y por otra, el compromiso de satisfacer las necesidades colectivas de la población, lo que en el pasado había conducido precisamente al establecimiento del monopolio público, como la mejor manera de garantizar el cumplimiento de la misión de interés general.

[67] Ver más adelante en este libro: “Regulación, necesidades colectivas y competencia”.

Era necesario entonces concebir otras formas de intervención del Estado para, a la vez, establecer el mercado y garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas. El artículo 86 del tratado relativo a la Comunidad Europea había mostrado el camino, al prever la supresión de los derechos exclusivos, pero permitiendo al mismo tiempo derogar las reglas de competencia en beneficio del cumplimiento de las misiones de interés económico general, bajo ciertas condiciones. Domenico Sorace subraya a justo título que, sobretodo después de que el Tratado de Ámsterdam añadiera el artículo 16, si la competencia es el régimen ordinario de todas las actividades económicas, la satisfacción de las necesidades colectivas debe primar si ésta es incompatible con el régimen de competencia. La regulación responde entonces a la necesidad de reunir y conciliar esos dos "pilares" (D. Sorace) del modelo europeo como lo son el régimen de competencia y las misiones de interés general, al menos cuando éstas corresponden a actividades económicas. Este modelo europeo tiende a sustituir el modelo del servicio público, a veces llamado "servicio público a la francesa", donde es el Estado el que presta los servicios y que refleja por lo tanto una concepción orgánica del servicio público. La regulación misma se entiende, en este nuevo contexto, como un nuevo modo de intervención del poder público, a través de medios administrativos, para garantizar la satisfacción de necesidades colectivas en un contexto de competencia, pero que puede llegar hasta a "imitar" la competencia y sustituirla si las circunstancias no permiten mantener un verdadero régimen de competencia.

Hoy en día nos hemos habituado tanto a la difusión del derecho comunitario en los derechos nacionales que no siempre medimos la novedad que representa el derecho comunitario en la transformación del área de la regulación. La comparación con América del Sur lo aclara nuevamente: a la vez por la debilidad del Mercosur y del Pacto andino y por su referencia explícita al modelo europeo de integración regional, que conlleva en germen un impacto sobre los servicios públicos, que están aún lejos de concretarse. El Mercosur es todavía una entidad intergubernamental, incluso si forma un mercado común, no ha dotado aún sus instituciones de una "integración por el derecho", como lo ha hecho la Comunidad Europea, así como el Pacto andino de manera menos

avanzada. Domingos Païva[68] muestra que la importancia de las telecomunicaciones, de los transportes y de la energía para la integración regional es reconocida por los tratados que organizan el Mercosur, y que el órgano ejecutivo de éste, está dotado de sub-grupos especializados en esos temas; pero en el Mercosur la integración no va más allá de la coordinación técnica, de acuerdos para las zonas fronterizas y de posiciones comunes en algunos foros internacionales. Las relaciones entre los estados están todavía, en esos sectores, basadas esencialmente en acuerdos bilaterales. Las medidas para reforzar las instituciones y para mejorar la transposición de los acuerdos de implementación del mercado común, así como la cooperación entre las autoridades de regulación, podrían crear condiciones favorables para el progreso de la integración en los sectores de los servicios públicos, pero solamente a largo plazo.

La comparación permite también profundizar en la comprensión de la función de regulación. Se puede observar, en los diferentes países estudiados, que se habla de regulación o de regulador para designar a las instituciones y a los modos de intervención que, por una parte, tienden a establecer o a mantener la competencia en sectores en los que antes estaba excluida y, por otra parte, para garantizar que los objetivos de naturaleza social, en su sentido amplio, y en todo caso no económico, puedan alcanzarse (cobertura de necesidades colectivas). Pero la noción de regulación aparece en condiciones diferentes en cada país.

En algunos países, la noción de regulación apareció como consecuencia de las políticas de privatización; esto ocurrió en el Reino Unido, en Argentina, y sin duda en menor grado en Brasil. En ningún otro país europeo, el vínculo entre privatización y regulación es tan claro como en el Reino Unido. La necesidad de establecer un "marco reglamentario" apareció cuando se privatizaron empresas monopólicas, para darle al público la seguridad de que la privatización no conduciría a la interrupción del servicio o a la quiebra. El gobierno tenía la convicción de que la privatización debía producir una mejora en los resultados,

[68] Ver su contribución en este libro: "Integración regional y servicios públicos: el caso del Mercosur".

y que por lo tanto la regulación debía tener un carácter provisional. Hay que notar que las leyes británicas, sobre las telecomunicaciones, el gas y la electricidad, son anteriores a las directivas europeas que tienen por objetivo organizar el mercado europeo en esos sectores. En Argentina y en Brasil, la privatización también precedió a la regulación, pero en esos dos países la regulación se estableció con referencia a los servicios públicos, lo que condujo de entrada a reconocer que la regulación tendría un carácter permanente.

En el derecho francés, al menos en la doctrina, la noción de regulación apareció con la primera fase del desarrollo de las autoridades administrativas independientes a comienzos de los años 80, como lo muestra el informe, antes citado, del Consejo de Estado de 1983-1984. La regulación procede en Francia de una fuente institucional.[69] Sin embargo, si el modelo de la institución administrativa independiente tuvo un gran éxito en Europa, en particular en España, Italia, Grecia, Bélgica y Holanda, a pesar de sus diferencias, en Francia la noción de regulación no comenzó a forjarse sino con la creación del Consejo Superior de los Medios Audiovisuales en 1989.

Sin embargo, en el Reino Unido, en Francia y en los demás países estudiados, fue la introducción de la competencia lo que originó no solamente la difusión de la noción de regulación, sino también las disposiciones de derecho positivo y las jurisprudencias que permiten hoy en día dar un cuerpo a esa noción, al definir los objetivos de interés general por los que la regulación debe velar. Incluso si la ley no se refiere de manera explícita a la regulación, en ella se reconocen disposiciones sustanciales que van en ese sentido y acuerdos institucionales que procuran asegurar su aplicación. Tanto las disposiciones como los acuerdos tienen el propósito de construir el mercado y de fijar sus límites, al determinar los objetivos de interés general que deben alcanzarse. Esos objetivos se pueden identificar hoy en día bajo la forma de categorías jurídicas o de regímenes jurídicos exteriores al derecho de la competencia.

---

[69] Dejamos de lado numerosos usos metafóricos, a veces antiguos, que ya han sido estudiados y que lo que hacen es más bien oscurecer el análisis (estos usos son referenciados y analizados por Jean-Luis Autin, 1995, "Reflexión sobre el uso de la regulación en derecho público", p.43 s., en Miaille, M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L´Harmattan, París.

2. Las categorías jurídicas y los regímenes jurídicos que identifican los objetivos sociales de la regulación

A la luz de las legislaciones nacionales y del derecho comunitario, se pueden distinguir cuatro categorías de objetivos de interés general: la protección de los consumidores, la realización y protección de los derechos fundamentales, el servicio público, en un sentido amplio, y los otros objetivos de interés general, junto con el de desarrollo sostenible. Es claro que estas cuatro categorías no se excluyen entre sí, por el contrario, es posible encontrarlas en una misma legislación.

Aunque sea discutible, la protección a los consumidores, que da origen a disposiciones cada vez más abundantes tanto en las leyes nacionales como en las directivas comunitarias, debe considerarse como un objetivo de carácter social. Es cierto que esta categoría parece pertenecer a la construcción del mercado y a su buen funcionamiento, antes que a la definición de objetivos de interés general de carácter social, o no económico. La figura del consumidor no tiene sentido sino en un mercado en el que éste busca bienes o servicios que desea conseguir. Pero en realidad, en el derecho de numerosos países, la legislación sobre la protección de los consumidores ha tomado una amplitud tal, que le da al consumidor un estatus muy diferente al de un agente económico aislado en un mercado. La legislación sobre este tema abarca incluso la reglamentación de los contratos, que ya no pueden considerarse como simples contratos de adhesión definidos unilateralmente por las empresas; este cambio se nota en particular en los contratos referentes a los servicios públicos. En algunos países, hay que buscar en el derecho del consumo las disposiciones que garantizan la satisfacción de ciertas necesidades colectivas (Dinamarca, Finlandia, Reino Unido), mientras que en otros se trata de alcanzar este objetivo mediante el régimen de servicios públicos.

En cuanto a los derechos fundamentales, sin duda alguna el sector de los medios audiovisuales es el más importante. Con el fin de los monopolios públicos, la edición y la difusión de programas de radiodifusión se convirtieron en mercados. Pero las reglas que enmarcan, en los países europeos, en diversos grados, las concentraciones en esos medios, no tienen como propósito principal

asegurar el respeto a la competencia; esas reglas imponen, por el contrario, y con frecuencia, como en Francia y Alemania, controles más severos que los del derecho de la competencia porque la concentración podría amenazar el pluralismo y la libertad de comunicación. La definición de derechos fundamentales en otros campos puede también hacerse para justificar la implementación de una regulación que tenga justamente el objetivo de asegurar su respeto o realización. El artículo artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales adoptada durante la cumbre de Niza en el año 2000, daba un paso en ese sentido, pues a título de los derechos fundamentales se enunciaba que "la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general tal como está previsto por las legislaciones y prácticas nacionales, de acuerdo con la Constitución, con el fin de promover la cohesión social y territorial". El tratado de Lisboa otorgó a la carta el valor de tratado (art.6 de las disposiciones comunes). Como lo señala Loïc Grard, este es un "derecho fundamental estrecho", que remite a una concepción muy restrictiva del servicio público: "dar seguridad a los más desposeídos y a los más alejados";[70] sin embargo, la referencia a las legislaciones y a las practicas nacionales podría garantizar la competencia de los Estados miembros en este ámbito.

La tercera categoría de objetivos de interés general se refiere al servicio público. Hemos visto que es un tema controversial. ¿La regulación significa el fin o la renovación de la noción de servicio público? Para responder a esta pregunta, hay que explorar un poco más la noción de servicio público. De inspiración francesa, esta noción se conoce en el derecho administrativo de varios países europeos y de América Latina y ha dado origen a concepciones, en realidad, más bien diversas.[71] Los autores franceses han contribuido a esta confusión pues utilizan esa noción, según el caso, en tres sentidos diferentes:

[70] Grard L., 2003. "Place et signification de la Charte des Droits fondamentaux de l´Union pour le concept de service d´intérêt général", en Vandamme J., Rodrigues S. (dir.), L´accès aux services d´intérêt économique général, Paris, ASPE Europe, coll. ISUPE, p. 37-38.

[71] Moderne F., 2001, "Les transcriptions doctrinales de l´idée de service public", p. 9-81 en: Moderne F., Marcou G. (dir.), *L´idée de service public dans le droit des États de l´Union européenne.* París, L´Harmattan, colección, "Lógicas jurídicas".

a) como misión, b) en referencia a institución que está a cargo y c) como un criterio de repartición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial. Hace poco tiempo, el uso frecuente de la expresión "servicio público a la francesa" ha exagerado las particularidades de esta idea, al asociarla con la defensa de ciertas empresas públicas, mientras que se ha debido, más bien, resaltar su universalidad. La noción de servicio público establecida por Duguit y sistematizada por el derecho administrativo francés no es una noción orgánica, es una noción material: expresa la obligación de los gobernantes de asegurar mediante el servicio público, que designa un régimen jurídico, la cobertura de las necesidades colectivas que nacen de la interdependencia social; esto no significa que sea el Estado el que deba proporcionar directamente todos los servicios públicos.[72]

Ahora bien, el principio fundamental del servicio público se encuentra en sistemas jurídicos muy diversos, incluso si éstos no emplean una noción jurídica de servicio público. La finalidad del servicio público es la satisfacción de las necesidades colectivas, cuando éstas no pueden asegurarse, por el simple mecanismo de mercado, sin la intervención del poder público. El criterio de existencia de servicio público es entonces la determinación de la oferta: hay servicio público cuando el poder público determina la oferta, es decir las características del servicio que se ofrece y las condiciones a las que debe ofrecerse. De esta manera, el poder público determina el nivel de satisfacción de las necesidades que reconoce como esenciales, ésto ocurre así en todos los Estados modernos, sin importar los medios jurídicos que se emplean, ni las teorías jurídicas utilizadas para dar cuenta de ello. Aquí no hay diferencia entre los servicios comerciales y los no comerciales; sin embargo, si los primeros están sometidos a un régimen de competencia, el poder público no puede ya determinar el nivel de oferta, sino solamente las características que debe tener el servicio y eventualmente, cuando se dirige al consumidor final, la calidad del servicio que

[72] Esto lo menciona el Consejo de Estado en un informe de 1996 titulado *El servicio público*, firmado por R. Denoix de Saint Marc, su vicepresidente (La Documentation française, coll. Rapports officiels).

debe ofrecerse para todos. Se puede encontrar una prueba suplementaria de esto en las disposiciones de las leyes británicas sobre las vías férreas (1993, modificada en 2000), sobre el agua (1989, modificada en 1995) y sobre la energía (*Energy Act 2004*, c.20, secciones 155 y s.). Estas disposiciones dan poderes suplementarios al ministro y al regulador, al introducir un régimen especial de administración judicial que deroga de forma parcial la ley de 1986 sobre las empresas en dificultad, con el fin de asegurar el funcionamiento ininterrumpido de las redes de suministro de gas y electricidad, por si el titular de una licencia de explotación llega a fallar o está en riesgo de hacerlo; la ley de la energía de 2004 define con claridad los poderes del ministro y del regulador en ese caso, lo que debería despejar las dudas que llevaron al fallo de la Corte de Apelaciones de 2002 a propósito de *Railtrack.* Se puede ver entonces que la amplitud del servicio público puede variar según los países, los ámbitos y las épocas, y que su intensidad también puede variar en función del rol que el poder público decida asumir, ya sea limitándose al papel de garante o, por el contrario, organizando y asegurando por sus propios medios el suministro del servicio. Poco importa que el poder público sea el Estado, en el sentido de gobierno central, o una colectividad local, o la Unión Europea.[73]

En esas condiciones, la regulación no se opone al servicio público; en los sectores en los que el Estado tuvo que poner fin a un monopolio que tenía por objeto garantizar un servicio público, la regulación constituye una forma de intervención pública mediante la cual el Estado y la Unión Europea emprenden la construcción de un mercado y conjuntamente, garantizan el suministro del servicio público. La regulación expresa la responsabilidad última de los gobernantes, en cuanto al nivel de satisfacción de las necesidades consideradas como esenciales; la regulación no es incompatible con la permanencia de empresas públicas si el gobierno de un Estado considera que ellas siguen siendo la mejor manera de garantizar el suministro del servicio, como se puede ver en numerosos países en el campo audiovisual (Alemania, Bélgica, Francia, Reino Unido, etc.),

[73] Para el desarrollo de esta tesis, ver Marcou G., 2001. "De l´idée de service public au service d´ intérêt général", en Moderne, F., Marcou G. (dir.), *op.cit.*, p. 365-411.

ésto se permitía de manera expresa en el protocolo 32 del tratado de Amsterdam (1997) al autorizar la financiación "de la función de servicio público" de la radiodifusión tal como ha sido "caracterizada, definida y organizada por cada Estado miembro". Pero el derecho comunitario y el derecho positivo de los Estados miembros proporcionan varios ejemplos. Las directivas comunitarias hacen que los Estados organicen en términos de servicio universal los sectores de la electricidad y de las comunicaciones electrónicas, y las obligaciones de servicio público que los Estados pueden imponer a las empresas, bajo ciertas condiciones, igualmente en los sectores del gas y de los transportes, corresponden al principio de servicio público. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la reforma de las vías férreas en Alemania; el nuevo artículo 87.4 de la ley fundamental precisa que la Federación debe asegurarse de que las infraestructuras y la oferta de servicios de transporte ferroviario "tengan en cuenta" el "bien de la colectividad, y en particular las necesidades de transporte"; o también la ley 481 de 1995, en Italia, que establece que la Autoridad de la Energía Eléctrica y el Gas no debe solamente "promover la competencia y la eficiencia", sino también asegurar "un nivel de calidad adecuado para los servicios", incluido "el uso y difusión homogénea en todo el territorio nacional" de los servicios, ofrecidos a unas tarifas que concilien los imperativos tecnológicos con los objetivos sociales y la protección del medio ambiente. En fin, incluso en el Reino Unido, según la *Public Utilities Act 2000,* si el ministro y el regulador (gas y electricidad) tienen el deber en principio de actuar con el fin de mejorar el funcionamiento de la competencia, pueden sin embargo hacer a un lado esta norma para tomar medidas en beneficio de los consumidores más desfavorecidos, de la protección de la salud o de la protección del medio ambiente.[74]

Más allá del principio de servicio público, la regulación puede también apuntar a objetivos no económicos que pueden relacionarse con el principio de

[74] Para una presentación más detallada de esta interpretación de la función de regulación basada en una comparación entre Alemania y Francia: Marcou G., 2004, "Öffentlich-rechtliche Aspekte der Regulierung in Deutschland und Frankreich", en: Benz A., Siedentopf H., Sommermann, K.P. (eds.), *Institutionenwandlung in Regierung und Verwaltung. Festschrift für Klaus König zum 70. Geburtstag.* Berlin, Duncker & Humboldt, p.127-149.

desarrollo sostenible. Tal es el caso de las disposiciones que autorizan derogar las reglas de competencia en materia de gas y electricidad, según las directivas 2003/53 y 2003/54, para favorecer el desarrollo de energías renovables, facilitar el desarrollo de las regiones atrasadas y proteger el medio ambiente.

Se puede ver entonces que la regulación cubre un campo más amplio que el de los servicios públicos, más amplio que el de los servicios de distribución, pero que se limita al ámbito de actividades de carácter económico, y que puede también acompañar una reducción del campo o de la intensidad del servicio público.

3. Regulación y "autorregulación"

De lo anterior resulta que no se puede considerar la "autorregulación" como una forma de regulación. Por definición, la "autorregulación" no puede asimilarse a una función del poder público, como sí ocurre con la regulación en la definición a la que llegamos, porque la "autorregulación" se da únicamente a partir de un acuerdo más o menos formalizado y voluntario entre las empresas, sobre ciertas prácticas o reglas de conducta.

Ahora bien, un acuerdo como éste no tiene la capacidad de superar las antinomias entre la lógica competitiva del mercado, a la que las empresas no pueden escapar, y los diversos objetivos y valores de naturaleza no económica que persigue la regulación. En particular, no se ve cómo la autorregulación podría asegurar que se compartan los costos ligados a esos objetivos y valores sin afectar la competencia.

Esa es la segunda dificultad. En principio, los acuerdos entre empresas son ilícitos en el derecho comunitario. Es cierto que el parágrafo del artículo 81 del Tratado relativo a la Comunidad Europea permite levantar esta interdicción para los acuerdos que tiendan a "mejorar la producción o la distribución de los productos o a promover el progreso técnico o económico, siempre y cuando se reserve a los usuarios una parte justa de la ganancia que de ello resulte", pero, justamente, esta condición no incluye ninguno de los objetivos de valor no económico que se han identificado como característicos de la regulación.

A este respecto, Alemania nos ofrece un buen ejemplo de los riesgos de la "autorregulación". Las competencias de las colectividades locales en materia de suministro de gas y electricidad, y la competencia legislativa y en materia de control policivo de los *Länder* en lo referente a las instalaciones, hacían imposible establecer antes del 2005 una regulación a nivel federal. De esto resultó entonces un sistema fragmentado a partir del cual se trató primero de favorecer la formación mediante la "autorregulación" de un marco competitivo que tomara en cuenta los objetivos definidos por la ley federal. La autorregulación debía entonces darse mediante acuerdos entre los representantes de los industriales productores y consumidores de energía, los representantes de las empresas comunales de producción y de distribución de energía y los operadores de la red. Rápidamente se evidenció que esos acuerdos eran incompatibles con el derecho de la competencia, y la autoridad antimonopolio (*Bundeskartellamt)* declaró que varias cláusulas de esos acuerdos eran ilegales por ese motivo.[75] Fue después de este fracaso que se emprendió la preparación de una nueva ley para regular el sector del gas y la electricidad a nivel federal.

La autoregulación, que se sustentó durante mucho tiempo en argumentos ideológicos, ha mostrado su ineficacia en varios campos, sobretodo en materia de regulación financiera o de control de cuentas. En Francia, ésto condujo al legislador a substituir en el año 2007 el control del comisario de cuentas por un organismo profesional "autoridad administrativa independiente" capaz de ejercer a nombre del Estado un control mas riguroso. Una "regulación de autoridad" sucedio entonces a la autoregulación.[76] La crisis financiera mostró igualmente los riesgos de la supuesta "autoregulación".

---

[75] *Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen (Monitoring-Bericht)*, Berlín, 31 agosto 2003, p. 7-8.

[76] André Delion (2009), "Régulation: progrès et problèmes. Actualisations 2006-2008", *Annales de la Régulation*, vol.2, 2009, p.4-5.

4. Regulación y policía

Si bien la regulación implica que se promueva una competencia eficaz, no ha de confundirse con la política general de la competencia, ni con el control policivo de la competencia que hoy en día es responsabilidad de una autoridad especial en esta materia en todos los países europeos. Así como la policía tiene por objeto mantener el orden público, marco del ejercicio de las libertades, el control policivo de la competencia tiene el propósito mantener un orden público económico fundado en el mercado y en la competencia, que forme un marco de libertades económicas.[77] La regulación es entonces una función que se diferencia claramente del control policivo de la competencia por la complejidad de sus objetivos. En la práctica, la distinción no se aprecia siempre con claridad, pues las funciones de control policivo y de regulación pueden estar concentradas en las mismas manos, y los poderes jurídicos que se utilizan pueden ser los mismos. Pero la regulación se entiende mejor si se distingue del control policivo, y entonces se percibe mejor, si no está indisolublemente ligada a una institución determinada, el llamado regulador, incluso cuando el regulador existe bajo la forma de una autoridad administrativa independiente.

II. Elementos característicos de las instituciones y los actos jurídicos asociados a la regulación

El ejercicio de la función de regulación puede realizarse tomando elementos de instituciones y regímenes jurídicos diversos. Si bien se observa un creciente poder de las llamadas autoridades de regulación independientes, se debe subrayar que la regulación no puede identificarse con esas autoridades, ya sea porque éstas no existen, o, porque los poderes necesarios para la regulación están divididos entre diferentes instituciones. Además, la independencia es un calificativo engañoso: ésta no se reivindica en todos los países, y cuando se invoca, es en general en el sentido funcional restringido de asegurar la imparcialidad de ciertas decisiones. En fin, en todos los países la regulación ha lle-

[77] Para profundizar esta cuestión de mayor importancia teoretica, vease: Gérard Marcou (2009), "L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de définition", *Annales de la Régulation*, vol.2, 2009, pp.79-103, IRJS Editions, París.

vado a una renovación de la teoría jurídica. Los actos jurídicos que se realizan en el marco de las relaciones jurídicas, que nacen del ejercicio de la función de regulación, son actos administrativos en los que, en los países que admiten una definición estrecha del acto administrativo, los actos normativos proceden de una delegación realizada por el poder legislativo, en beneficio de una autoridad administrativa especializada. Esos actos se analizan según la teoría subyacente al orden jurídico al que pertenecen. Fueron los procedimientos contenciosos los que dieron origen a evoluciones particulares. Si la regulación favoreció el desarrollo de sanciones administrativas, éstas no representan en el plano jurídico un fenómeno nuevo.

A. Las instituciones de la regulación: la división de los poderes de regulación

La comparación evidencia varios problemas diferentes y permite hacer cuatro observaciones generales.

1) En el marco europeo, la organización de la regulación presenta dificultades particulares en los Estados federales en los que hay autonomía regional.

2) No existe en ningún lugar una categoría jurídica para las autoridades de regulación. Los "reguladores" pertenecen siempre a una categoría jurídica más general.

3) La función de regulación siempre se comparte entre varias autoridades de un sector determinado.

4) Finalmente, la mención frecuente de la independencia de las "autoridades de regulación" cuestiona su legitimidad puesto que esta independencia no se da, por lo general, sino en un sentido funcional, al expresar la voluntad de garantizar la imparcialidad y la neutralidad de la agencia en relación con los intereses en juego en el mercado.

Según John Mac Eldowney, se pueden distinguir tres olas en la implementación de los sistemas de regulación de las *public utilities.* La primera ola se dio en los países pioneros; la segunda ocurrió en los países que siguieron ese camino inspirados por la experiencia de los primeros; y la tercera fue la de los países que incluyeron la reforma de la regulación en la agenda de su política de

desarrollo o de transición hacia una economía de mercado. El Reino Unido, pero también Suecia, son los países europeos de la primera ola; los demás países de la Unión Europea hacen parte de la segunda ola, pero es muy probable que la influencia de los primeros haya sido en general indirecta y difundida para la preparación de las directivas comunitarias referentes al mercado común que tenían el propósito de liberalizar los sectores monopolizados. En la tercera ola se encuentran, en particular, los grandes países de América Latina y los países de Europa Central y Oriental que acaban de entrar a la Unión Europea; por el momento Rusia ha sido apenas afectada por esta tercera ola. Los sistemas de regulación hacen parte de una estrategia de liberalización que cuestiona la organización, el lugar e incluso la existencia del sector público en la economía. Por ello estos sistemas afectan el rol del Estado mismo. No es de asombrarse por lo tanto que estos sistemas presenten diferencias que reflejan los distintos puntos de partida. Además, como esta evolución es reciente, cada país parece haber seguido su propia vía, en función de su propio sistema jurídico, y por lo tanto la influencia de la experiencia de los demás países parece más bien superficial.

1. La regulación y la estructura del Estado: la tendencia a la centralización

Como dice John Mac Eldowney, la regulación está relacionada con una tendencia a la centralización. En efecto, la regulación tiene el propósito de organizar un mercado que es difícil de encerrar dentro de los límites territoriales de las autoridades políticas. Por ello, se ha planteado la creación de autoridades de regulación a nivel europeo para ciertos sectores. Sin embargo, esta opción ha sido hasta ahora descartada por los gobiernos que más bien han preferido la cooperación entre las autoridades nacionales de regulación, puesto que esa opción traería problemas de legitimidad y de coordinación más agudos que aquellos que existen entre las mismas entidades a nivel nacional.[78] Pero en los

[78] Ver sobre este tema: Della Cananea G., 2005. "Independent regulatory agencies in the European legal space", en Della Cananea G. (ed.). *European regulatory agencies.* París, Ed. Rive Droite, colección ISUPE, en particular p. 160 s.

Estados federales, o en los que hay autonomías regionales, la centralización de la regulación puede chocar con la repartición constitucional de competencias entre el nivel federal y el de las entidades federadas. Este problema es bien conocido en Estados Unidos en donde los distintos Estados tienen comisiones reglamentarias cuya competencia abarca todo el conjunto de las *public utilities.* Según Dominique Custos, la coordinación entre esas comisiones y las comisiones federales puede dificultar la implementación de las reformas que se deciden a nivel federal; es por esta razón que el Congreso le da a la comisión federal un poder de sustitución respecto a las decisiones de las comisiones de los Estados, poder que se usó en 1996 con la *Federal Communications Commission.*[79] Este problema puede ser más agudo en Europa, pues pondría a interactuar no solamente dos, sino tres niveles de gobierno con el de la Comisión Europea, guardián que vigila la aplicación uniforme del derecho comunitario, en particular en materia de competencia y de mercado interior. La disociación de competencias para las comunicaciones electrónicas por una parte, y para el campo de lo audiovisual, por otra parte, es un problema común en Alemania, Bélgica y España. Así, mientras que existe una regulación nacional para las comunicaciones electrónicas, el campo de lo audiovisual permanece dentro de la competencia de las entidades federadas o regiones; en España, salvo en Cataluña, no hay una autoridad especial para la regulación del audiovisual a nivel regional, mientras que en Bélgica existe a nivel de las Comunidades y en Alemania a nivel de los *Länder.*

Las dificultades de coordinación que resultan de esto, están ilustradas por el fallo de la Corte de Arbitraje belga del 14 de julio de 2004. En ese país, aun cuando el legislador federal es competente en materia de comunicaciones electrónicas, las Comunidades ejercen una competencia completa en materia de radiodifusión, incluyendo los asuntos técnicos. Pero la convergencia de tecnologías ya no permite solucionar por separado los asuntos referentes a las transmisión

[79] Ver la contribución de Dominique Custos en este libro, "La noción estadounidense de regulación". Ver también: Custos D., 1999. *La Commission fédérale américaine des communications à a l´heure des autoroutes de l´information*, L´Harmattan, colección "Logiques juridiques".

de las comunicaciones electrónicas y aquellos referidos a la radiodifusión, que pueden también tratar sobre asuntos de transmisión, y la directiva marco del 7 de marzo de 2002 impone a cada Estado miembro el deber de establecer un marco reglamentario común. En esas condiciones, las autoridades federales, y las de las Comunidades, deben cooperar, pero la ley especial de reforma institucional apenas considera esta posibilidad; le corresponde entonces al legislador especial prever, en tal caso, una cooperación obligatoria o modificar la repartición de las competencias. Por estos motivos, las disposiciones concernientes de la ley federal sobre el regulador se anulan, pues habían sido adoptadas unilateralmente en detrimento de las competencias de las Comunidades. Pero esto solamente tuvo efecto a partir del 31 de diciembre de 2005, para dar a las autoridades concernidas el tiempo de ponerse de acuerdo sobre la mejor solución.[80] En Alemania, la competencia de los *Länder* (y de las comunas) en materia de distribución de gas y electricidad fue un obstáculo para la creación de una autoridad especializada de regulación a nivel federal. Sin embargo, con la ley del 13 de julio de 2005 por la cual se crea el regulador federal de las redes (Ver infra), que es la autoridad competente en materia de gas y electricidad, las empresas municipales de electricidad son sometidas al control del regulador federal en lo relativo al acceso a las redes y a sus tarifas.[81]

2. La ausencia de una noción jurídica de autoridad de regulación en los sistemas jurídicos nacionales

La expresión "autoridad de regulación", que empleamos aquí por comodidad y que aparece en un gran número de textos legales, no corresponde en ningún país europeo a una categoría jurídica definida. Las autoridades, que merecen esa apelación o que la tienen por ley, pertenecen a una categoría jurídica

[80] C. de Arbitraje, no. 132/2004, http://www.arbitrage.be.

[81] Hellmut Wollmann / Harald Baldersheim / Gérard Marcou / Guilio Citroni / John McEldowney (2009), "From public service to commodity: The de-municipalisation of energy provision in Germany, Italy, France, the U.K. and Norway", en: Hellmut Wollmann / Gérard Marcou (eds), *Service provision in France, Germany, Italy and Great-Britain. Between state, local government and market*, Londres, Edward Elgar (en imprenta).

más amplia admitida en el derecho nacional, y de la cual se derivan los rasgos esenciales del régimen jurídico que se les aplica. Es el caso por ejemplo de la noción de autoridad administrativa independiente (AAI), que se impuso en el derecho francés, a partir de la ley "informática y libertad" del 3 de enero de 1978 que instituyó la Comisión Nacional de Informática y Libertad, y que se encuentra también, aunque con diferencias importantes, en España, Italia, Grecia y Portugal. Si bien la multiplicación de las AAI favoreció la recepción de la noción de regulación, para dar cuenta de las evoluciones conceptuales a las que ésta correspondía, no se podría decir hoy en día que todas las AAI que existen están relacionadas con la regulación.[82] Lo mismo ocurre en Grecia, en donde existe una veintena de AAI en los campos más variados, tanto para la protección de ciertas libertades como en materia económica. Pero Grecia es el único país que le ha dado un estatus constitucional a las autoridades independientes que garantizan las libertades fundamentales (art. 101ª de la Constitución, resultado de la revisión del 2001), lo que conduce a diferenciar las autoridades de regulación, en la medida en que éstas son autoridades administrativas, no necesariamente independientes, pero además solamente de estatus legislativo. En cambio en Francia, aunque la ARCEP y la CRE tienen la palabra regulación en su nombre, y aunque el Consejo de Estado calificó a la CSA como "instancia de regulación",[83] nada distingue la naturaleza y el régimen jurídico de esas autoridades administrativas independientes de otras, y las diferencias de régimen jurídico que podemos encontrar no permiten distinguir aquellas que tienen una función de regulación.

En España, Italia y Portugal se han creado menos autoridades administrativas independientes y la mayoría de las que se han creado son de tipo económico. El derecho español les da un estatus bastante claro entre las admi-

[82] En Francia, el Consejo de Estado enumeró 34 AAI en su informe de 2001 ("Les autorités administratives indépendantes", *Études et Documents,* no. 52, 2001, p.306); pero es evidente que no pueden considerarse que el Defensor de los Niños o la Comisión de Control de Intercepciones de Seguridad tienen algo que ver con la noción de regulación tal como la definimos. Lo mismo ocurre en España con el Consejo de seguridad nuclear, por ejemplo.

[83] Ord. Pres. Sect. Contencioso CE 13 de diciembre, caso "Al Manar".

nistraciones públicas. Se trata, de hecho, de "administraciones independientes", regidas por la ley 30/1992 del 26 de noviembre de 1992 que trata sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas y sobre el procedimiento administrativo común (art. 2), y por la ley 6/1997 del 14 de abril de 1997 sobre la organización y funcionamiento de la administración del Estado: en efecto, esas disposiciones distinguen de una administración pública a las entidades de derecho público dotadas de personalidad jurídica y *vinculadas* o *dependientes*. Esto quiere decir que se pueden crear administraciones no dependientes de una administración pública; éstas están necesariamente dotadas de personalidad jurídica. Las Comunidades autónomas también pueden crear estas entidades pero, de manera general, no lo han hecho.[84] La ley 28/2006 de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos ofrece la posibilidad de un régimen general, que se podría aplicar a todos organismos autónomos con variantes teniendo en cuenta la diversidad de las misiones, pero que no impone la transformación de los organismos reguladores en agencias estatales.

En el Reino Unido, es difícil vincular los "reguladores" a una categoría jurídica precisa. Éstos fueron creados por la ley de forma muy pragmática mediante la implementación de la política de privatización. Posteriormente, su finalidad se extendió, como ya lo señalamos, y su número se redujo por la fusión de algunos de ellos (en particular de los del gas y la electricidad: *Public Utilities Act 2000*, y los del sector de comunicaciones: *Communications Commission Act 2002* y *Communications Act 2003)*. Las vías férreas fueron sin embargo la excepción: las dificultades que se dieron tras la privatización condujeron a la renacionalización de la infraestructura (desde entonces confiada a una sociedad con capital controlado por el Estado) y a una reorganización del sistema de regulación, que incluye desde entonces tres reguladores.[85] Según John Bell, "a las autoridades administrativas independientes se les llama *quangos* o bien *non departmental public bodies* (los "NDPBs"), y entre ellos

[84] Ver también Betancor-Rodríguez A., 2001. "La experiencia española en materia de administraciones independientes", *Études et Documents,* no. 52, p. 411-426.

[85] La complejidad del sistema no permite evocarlo en unas pocas líneas; Ver el informe de John Mac Eldowney.

los *executive non-departmental public bodies* (los "ENDPBs") son organismos independientes que intervienen en el suministro o la regulación de un servicio público".[86] La categoria de los QUANGOS es criticada por su confusión,[87] y se utiliza hoy más bién la noción de "non departmental public bodies", más estrecha (no incluye el National Health Service, universidades y otros) pero no por ello más precisa: según el Gobierno, el NDPB es un organismo público fuera de los departamentos del gobierno que "actua con cierta distancia de la mano del gobierno".[88] En el año 2008, existían 790 NDPBs, de cuatro categorias muy diversas: 198 *Executive NDPBs*, 410 *Advisory NDPBs* (entes consultivos), 33 *Tribunal NDPBs* y 149 *Independent Monitoring Boards* (de las prisones, y varios lugares de retención de inmigrantes).[89] Pero existe aún otra categoria que no se clasifica como QUANGO o NDPB: se trata de los "*non ministerial departments*", que son departamentos del gobierno pero que no se encuentran bajo la autoridad de un ministro y que responden sólo al parlamento. Existen 22 "*non ministerial departments*" en el año 2009. De hecho, los reguladores son *executive NDPBs* (*Communications Commission, Civil Aviation Authority*) o "*non ministerial departments*" (*Office of Gas and Electricity Market; Office of Rail Regulator; Postal Services Commission; Office of Water Services*).[90] Se ve inmediatamente que los entes reguladores representan un pequeño número de los entes de ambas categorías, *executive NDPBs* y *non-ministerial departments*, pero éstos son sometidos a los respectivos regimenes jurídicos, y no se distinguen de otros organismos que entran en la misma categoría general. Además, el regulador de los mercados financieros, el *Financial Services Authority*, establecido por la ley de 2000 (*Financial Services and Markets Act*

[86] Bell, J., 2001. "La experiencia británica en materia de autoridades administrativas independientes", *Études et Documents,* No. 52, en particular p.401-402.

[87] Por ejemplo: Brian W. Hogwood (1998), "The growth of 'QUANGOs': evidence and explanations", *Parliamentary Affairs*, 1998, pp.207-225; Paul Craig (2008), *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 6ème ed., p.97.

[88] "Operates to a greater or lesser extent at arm's length from Ministers" (sitio web del Gobierno: http://www.civilservice.gov.uk/Assets/PublicBodies2008_tcm6-6429.pdf).

[89] *Ibid*.

[90] Cabinet Office (2009), *List of ministerial responsibilities. Including Executive Agencies and Non-Ministerial Departments*, http://www.cabinetoffice.gov.uk/media/212617/lmr2009.pdf

2000), es une caso particular: es una sociedad mercantil financiada por las empresas reguladas y cuyo consejo se nombra por el ministro de hacienda.

La situación en Holanda es poco diferente a la del Reino Unido. El derecho holandés tiene una categoría jurídica similar, los "órganos administrativos autónomos" (*zelfstandig betruursorgan* –ZBO*),* que tienen personalidad jurídica de derecho público o de derecho privado y atribuciones determinadas por la ley; estos organismos están situados bajo la órbita de un ministerio y bajo la tutela del ministro.[91] Pero no todas las autoridades de regulación tienen esta forma jurídica ni se encuentran subordinadas a un ministerio. Si la bien la Autoridad Independiente de las Telecomunicaciones (OPTA) instituida por la ley sobre las telecomunicaciones del 5 de julio de 1997 es un ZBO, los reguladores de energía, desde 1998, y de los transportes, desde el 2003, están integrados a la Autoridad de la Competencia (*Neerlandse Mededingingautoriteit-NMa),* que no es un ZBO, sino un órgano de control del ministerio de economía. Esto corresponde al llamado "modelo de las cámaras" (*kamermodel)*, es decir, un modelo en el que cada regulador sectorial corresponde a una cámara especializada de la Autoridad general de la competencia, bajo la orden del director general de ésta. Otro proyecto de ley prevé la transformación de la OPTA en una "cámara" de la Autoridad de la Competencia,[92] dado que las autoridades de regulación son ZBOs, están sometidas al régimen que caracteriza a estos últimos. Aunque este régimen varíe dependiendo de las autoridades que se consideren, existen numerosas reglas comunes, que inspiraron un proyecto de ley con el propósito de establecer un régimen de común para todas esas autoridades, que como hemos visto se abandonó en el 2002. En Bélgica, la mayor parte de las autoridades reguladoras son jurídicamente organismos públicos autónomos.

En Alemania, los entes reguladores son de tres categorías diferentes: las "autoridades federales superiores autónomas" (*selbstständige Bundesoberbehörden*) y los establecimientos públicos, que se fundan en el artículo 87 de la

[91] Kummeling H., Duijkersloot T., 2003. "Agencies in the Netherlands", en: Zwart T., Verhey L (eds.), *op.cit.,* p. 79-112.

[92] Van der Meulen, B.M.J., Ottow A.T., *op. cit.,* p. 34 s. y 95-96.

Ley Básica, y los entes encargados del sector audiovisual, que resultan de tratados realizados entre los *Länder* (puesto que la cultura es una competencia exclusiva de los *Länder*). La ley del 13 de julio 2005 estableció la Agencia federal de las redes (*Bundesnetzagentur*), como una "autoridad federal superior autónoma", encargada de la regulación de las comunicaciones electrónicas (que remplaza a la anterior Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones), de los servicios de correos, de la energía (gas y electricidad) y de los ferrocarriles. Es el único caso en Europa de un ente regulador de todas redes, que contrasta claramente con la función de la autoridad de la competencia. Además, el *Bundeskartellamt*, la autoridad de competencia, es también una autoridad federal superior autónoma. Es menester precisar que las autoridades federales superiores autónoma no son "autónomas". La palabra significa en este contexto que estos entes no se integran en los ministerios federales, sino que hacen parte de la administración federal (no tienen la personalidad jurídica) y que se encuentran bajo su control; los ministros pueden les dirigir instrucciones generales.[93] El regulador de los mercados financieros, la *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, es un establecimiento público, pero se somete al poder de dirección y de control del ministro federal de hacienda (*Rechts- und Fachaufsicht*); éste fue establecido por la ley de 22 abril 2002 que substituyó los tres entes que estaban anteriormente encargados de la vigilancia de los bancos, de los seguros y de los títulos valores.[94]

En Finlandia y en Dinamarca, los organismos especializados que fueron creados para atender las necesidades de regulación sectorial están subordinados a los ministerios. Estos toman la forma de agencias especiali-

[93] G. Marcou (2009), "Agences: les équivoques de la réforme de la gestion publique à la lumière des expériences françaises et étrangères", *Revue française de Finances publiques*, n°105, febrero; Georg Hermes (2009), «Abhängige und unabhängige Verwaltungsbehörden. Ein Überblick über die Bundesverwaltung», en : J. Masing / G. Marcou (Hrsg), *Modellierung unabhängiger Regulierungsbehörden - neue Verwaltungsstrukturen im Kräftefeld des Europarechts*, Baden-Baden, Nomos Verlag.

[94] Marie-Danielle Schödermaier (2006), «L'autorité de surveillance du marché financier allemand: la BaFin», *Annales de la Régulation*, vol.1, p.205.

zadas de los ministerios, iguales a las que existen en otros dominios ajenos a la función de regulación.

El estatuto de las autoridades de regulación evidencia que éstas no ejercen nunca la totalidad de los poderes de regulación. La función de regulación está todavía dividida, y la autoridad política todavía conserva una parte de ella; la parte que las autoridades de regulación poseen en la función reguladora puede por lo tanto variar considerablemente en el sistema de regulación. Como escribe Martin Bullinger: "La regulación es una misión que une al cuerpo legislativo, al gobierno y a las autoridades administrativas de regulación".

3. La regulación, una función compartida

La forma más evidente en la que la función de regulación se comparte, la que se comenta con mayor frecuencia, es la corregulación. Así, como ocurre en todos los países mencionados, la autoridad que supervisa la competencia desempeña un papel no despreciable:

- Esta entidad tiene competencia sobre los asuntos de los sectores regulados que tienen que ver con las reglas generales de la competencia, salvo en las excepciones previstas por la ley.
- La ley organiza la cooperación entre las autoridades sectoriales y la autoridad general que supervisa la competencia.
- En algunos casos, la regulación sectorial es absorbida por la autoridad general que supervisa la competencia (En Holanda, en el caso de las telecomunicaciones y los transportes).
- En el Reino Unido, el *Competition Act 1998* creó una nueva autoridad de la competencia, la *Competition Commission*, que también tiene el propósito de coordinar las políticas de competencia en los sectores de las *public utilities.*

Pero no debemos olvidar que, en ciertos casos, la función de regulación se ejerce sin la intervención de autoridades específicas, es decir, la regulación es realizada por autoridades administrativas clásicas (incluso si este tipo de organización puede, a veces, considerarse como transitoria) y por la

eventual intervención de la autoridad de la competencia. Tal fue el caso de Alemania en el sector de la energía hasta la adopción de la nueva ley para ese sector (ver supra). Los poderes de regulación estaban divididos entre el ministro competente del *Land*, las colectividades locales y, al nivel federal, la autoridad de la competencia, el *Bundeskartellamt.* Se evidencia también la ausencia de una autoridad específica de regulación en numerosos países para el sector de los transportes ferroviarios (Grecia, Bélgica, Italia, Portugal, Dinamarca, Finlandia). En España, la ley de liberalización del sector ferroviario (Ley 39/2003 del 18 de noviembre) instituyó una comisión del sector ferroviario, que es un órgano colegiado integrado al ministerio de desarrollo económico (*ministerio de fomento).* En Francia se prepara desde 2008 una ley sobre la regulación de los ferrocarriles que establece una comisión de regulación del acceso a la red como "autoridad administrativa independiente"; el Senado votó que sería una "autoridad pública independiente", es decir con personalidad jurídica.[95]

Además, en todos los países europeos estudiados, la competencia normativa de las autoridades de regulación es muy restringida. Por lo tanto, éstas no son autoridades "reglamentarias" sino en un sentido limitado. Esto es así debido a que la competencia normativa parece que debe permanecer, directa o indirectamente, en manos de las autoridades elegidas por voto popular, como el parlamento o el gobierno. En Francia, el Consejo Constitucional estableció varias veces que dado que la Constitución atribuye al primer ministro el poder reglamentario de ejecución de las leyes, la ley no puede atribuirle a otra autoridad el poder de tomar medidas para la aplicación de una ley sino únicamente cuando se trate "de medidas de alcance limitado tanto en su campo de aplicación como en su contenido".[96] Una limitación como ésta también está presente en los demás países, incluso si la interpretación cambia. Esta limitación a veces está inscrita de manera expresa en la Constitución, como en Grecia (art. 43.2) o en Finlandia (Constitución de 1999, art. 80): se trata de una delegación de poder,

[95] Proyecto de ley, Senado, n° 501, 10 de septiembre 2008; texto adoptado por el Senado 9 de marzo 2009, Senado, n° 60.

[96] CC 89-260, 28 de julio de 1989 "COB"; ver también: 96-378 DC, 23 de julio de 1996 "ART".

que debe ser justificada por su objeto y limitada en su amplitud. En Holanda, el artículo 134 de la Constitución establece que la ley puede crear organismos públicos y reglamentar la organización y competencia de sus órganos , incluyendo la atribución de una competencia reglamentaria; pero las "Directivas de reglamentación" (*Aanwijzingen voor de regelgeving)*, sobre las cuales se basa la preparación de las leyes y los reglamentos, precisan que no se puede atribuir un poder reglamentario a organismos administrativos autónomos sino únicamente para reglamentar cuestiones técnicas o de organización, o en ciertos casos particulares, sólo mediante la aprobación del ministro (directiva 124f, par. 1). Tal es también la posición que prevalece en el derecho belga: sería contrario a la Constitución, que establece la responsabilidad del gobierno y de cada ministro ante el parlamento, que los actos reglamentarios se sustraigan a esta responsabilidad y sean atribuidos a autoridades independientes. En el Reino Unido, en donde nada detiene el poder del legislador, las leyes reservan a los secretarios de Estado (ministros), a veces en términos muy amplios, el poder de intervenir por vía reglamentaria en sectores en los que se han creado "reguladores" por medio de ley. Pero esta situación es distinta dependiendo del sector que se trate, como ocurre con los sectores de la energía y de las comunicaciones electrónicas. En el primer sector, el ministro conserva un poder reglamentario importante (*Public Utilities Act 2000:* en particular s. 62 –energías renovables, 70 – eficiencia energética, 98- ajuste de las tarifas si hay grupos de consumidores que están en desventaja). Entretanto, en el segundo caso (*Communications Act 2003)* este poder está menos extendido (s. 156: espectro radioeléctrico; s.166 y s.: obligación de transmisión impuesta a ciertas redes y requerimiento de cierta capacidad). En el Reino Unido, sin embargo, el que el parlamento guarde para sí el control del marco reglamentario hace que se acepte mejor el que el regulador pueda ejercer poderes más amplios de reglamentación. Al interior del marco fijado por la ley, el regulador dispone de una gran flexibilidad y de una libertad de juicio considerable, sin que restricciones particulares afecten la reglamentación.[97] Pero el ejercicio del

[97] House of Lords, Select Committee on the Constitution, *The regulatory state… op.cit.,* par. 28.

poder reglamentario no es el único medio a través del cual el ministro participa en la regulación.

En todos los países en los que las autoridades de regulación están bajo la órbita de un ministerio, el ministro puede dar directivas a la autoridad de regulación respecto a un sector particular, que aunque no pueden interferir con las decisiones referentes a un operador particular, si orientan el ejercicio de sus atribuciones, y en particular la reglamentación que ella debe producir por sí misma. Es particularmente en el caso del Reino Unido, en las dos leyes que acabamos de citar, en donde se encuentran numerosas disposiciones de este tipo (por ejemplo, para el gas y la electricidad, en lo concerniente a las condiciones de suministro para las familias de bajos recursos, para los pensionados, para las personas que viven en zonas rurales, para los discapacitados…. – s. 9 y 13). Esta distinción es muy clara en Holanda (Directiva 124 1). En Alemania, el parágrafo 117 de la nueva ley sobre las telecomunicaciones del 22 de junio de 2004 mantiene el poder del ministro de dar instrucciones a la autoridad competente, y solamente hace obligatoria la publicación de esas instrucciones (ya ocurría así con la ley anterior); es de esperar que se haga un uso moderado de este poder, pero es en todo caso un recurso importante para la autoridad política. Incluso en Italia, donde el principio de independencia se afirma con la mayor fuerza, la ley 481/1995 precisa que "el gobierno, en el marco de la programación económica y financiera, indica a las autoridades el marco de las exigencias para el desarrollo de los servicios públicos que corresponden a los intereses generales del país." (art. 2.21).

Pero, independientemente de las instituciones a través de las cuales se ejerce la función de regulación y de las relaciones que existen entre ellas, se puede ver que no se puede confundir la función de regulación con una autoridad específica, o especializada (más bien independiente) de regulación, que no siempre existe, y cuando la existe, nunca tiene la exclusividad.

4. Independencia y legitimidad de las autoridades de regulación

Estos poderes hacen surgir la pregunta sobre el sentido de la autonomía o de la independencia que por lo general se le reconoce a o es reivindicada por las

autoridades de regulación. Así, en todos los países, a estas autoridades se les piden o se les otorgan cualidades que no son fácilmente conciliables: ser independientes respecto al poder político, pero también ser igualmente legítimas en relación con el mismo, habida cuenta de los principios constitucionales; ser independientes respecto a los intereses privados pero permitir la participación de éstos en la preparación de disposiciones generales; ser neutras en relación con el mercado e imparciales en sus decisiones pero, al mismo tiempo, asegurar el respeto de las obligaciones de servicio público. En esta medida, el derecho positivo refuta la tesis de la "necesaria independencia" de las autoridades de regulación;[98] se trata mucho más de lograr un equilibrio o un compromiso entre la política pública y la imparcialidad de las decisiones particulares.

Las directivas comunitarias insisten sobre la independencia de las autoridades de regulación (directivas 2002/21, 7 de marzo de 2002, art. 3, y 2003/54, 26 de junio de 2003, art. 23), pero debe subrayarse que lo hacen respecto a las empresas del sector más que frente a los poderes públicos, de los cuales en realidad ellas hacen parte. Sin embargo, la tendencia reciente del derecho comunitario es establecer la "independencia" del regulador respecto al poder ejecutivo, como se le puede ver en la última directiva de servicios postales (2008/6: art.22) y en los proximas directivas de los mercados de electricidad y de gas, ya adoptadas y que van a ser publicadas.[99] Esta evolución contrasta con las últimas reformas en algunos Estados miembros, que pretendían reforzar el control de los órganos políticos, sobretodo del parlamento, sobre la regulación (Alemania, Francia, Reino Unido).

Este problema es bien analizado por el Consejo de Estado de Bélgica, en su concepto del 5 de julio de 2002 sobre el ante proyecto de ley sobre el estatus del regulador de los correos y las telecomunicaciones. En primer lugar, en aquello que concierne al derecho comunitario, el Consejo de Estado belga concluyó del análisis de sus disposiciones, que el derecho comunitario no imponía la

[98] Giulio Napolitano (2005), *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, pp.110-112.

[99] Véase las últimas versiones de las enmiendas a las directivas 2003/54 y 2003/55: Parlamento europeo A6-0216/2009, nuevo artículo 34, par.5 (electricidad) y A6-0238/2009, nuevo artículo 38, par.5 (gas).

independencia del regulador en relación con el gobierno, salvo si el Estado tenía el dominio de un operador. Por otra parte, desde el punto de vista del derecho constitucional belga, el Consejo de Estado recordó los límites que esta independencia no debería traspasar: "En la medida en que las prerrogativas de las autoridades administrativas se confían a organismos cuya dirección no estuviere asegurada directamente por el poder ejecutivo, este último debe poder ejercer sobre esos organismos un control suficiente para poder asumir, ante las cámaras legislativas, la responsabilidad política".[100] Luego, el mismo concepto enunció de manera muy clara el problema institucional que representan las instancias "independientes" de regulación: "Asegurar a la vez la independencia del Instituto (Belga de Correos y Comunicaciones)[101] en las misiones de regulación del mercado, y el respeto a los principios constitucionales que implican que el gobierno pueda ejercer la responsabilidad política de las decisiones administrativas que se tomen…".[102] Notemos que esta responsabilidad absorbe todas las decisiones que se tomen, y no solamente la reglamentación.

Hay entonces una evolución notable en relación con la noción inicial de autoridad administrativa independiente, tal como fue concebida en Francia en 1978 y en algunos otros países: el objetivo era sustraer al control del poder político las decisiones relativas a ciertas libertades o a ciertos derechos fundamentales. Particularmente, en cuanto a los archivos de datos personales y a la libertad de comunicación. Pero el análisis realizado por el Consejo de Estado de Bélgica señala el punto esencial sobre el que existe una similitud en todas las legislaciones: se debe garantizar la independencia de las decisiones que afectan o pueden afectar los derechos de los operadores sobre el mercado. Si las decisiones administrativas deben, de manera general tomarse de forma imparcial según el derecho de todos los países, la creación de autoridades específicas, llamadas independientes, tiene el propósito de crear las condiciones objetivas para garantizar la independencia de esas decisiones, y por lo tanto la neutralidad de la regulación en relación con los operadores que están en el

[100] Precitado, p. 60.
[101] Nota entre paréntesis del autor.
[102] *Ibid,* p. 64.

mercado. Esta exigencia de neutralidad en relación con el mercado a veces va más lejos: así, el artículo 8.1 de la directiva 2002/21 (directiva marco sobre las comunicaciones electrónicas) precisa que los Estados miembros deben procurar que la reglamentación tecnológica producida por las autoridades reglamentarias nacionales sea "neutra".

A veces se ha tratado de encontrar la coherencia de esas disposiciones considerando que reflejan una distinción entre la formulación de las políticas y su implementación a través de decisiones individuales o de medidas técnicas (*policy making* versus *policy implementation* y *adjudication*). Pero en verdad, la legislación no corrobora esta distinción. Como hemos visto, no solamente ocurre que la regulación sea asegurada directamente por autoridades administrativas clásicas, sino además, en todos los casos en los que existen autoridades específicas de regulación, éstas participan en la elaboración de políticas al aportar su conocimiento especializado al gobierno en los conceptos o proposiciones que formulan para los proyectos de ley o reglamentos, o incluso en la elaboración de sus posiciones en el marco de negociaciones internacionales.[103] Por el contrario, a veces el ministro toma decisiones individuales frente a operadores del mercado (Por ejemplo: en Alemania y en Francia, es el ministro – en el caso de Alemania el ministro del *Land* - el que da las autorizaciones para la explotación de las unidades de producción de electricidad).[104] Pero, en algunos casos, se observa

[103] Por ejemplo en Italia: ley 481/1995, art. 2.6; Francia: Código de correos y comunicaciones electrónicas, art. L.36-5. Es menos claro en Alemania: *Telekommunikationsgeseetz,* 22 de junio de 2004; diferentes disposiciones implican esto (parágrafo 116, que coloca a la autoridad de regulación bajo la órbita del ministerio de Economía y del Trabajo, 121: sobre el contenido del informe de actividades, 140: sobre la intervención de la autoridad a nombre del ministro en el plano internacional).

[104] Alemania: *Energiewirtschaftsgesetz,* parágrafo 6; Francia: ley del 10 de febrero de 2000 modificada, art. 7. Aunque la legislación evolucione -por ejemplo, con la introducción del régimen de autorización general mediante las directivas de 2002 sobre las comunicaciones electrónicas, el ministro perdió en Francia el poder de otorgar licencias- eso no tiene incidencia sobre la forma de comprender la noción de regulación, salvo si se define *a priori* un modelo normativo. Por cierto, las nuevas disposiciones que surgieron de la transposición al derecho francés de esas directivas definen numerosos dominios de competencia y los atribuyen a la vez a la ARCEP y al ministro, lo que le reserva a este un poder de intervención bastante amplio, incluso si no siempre está bien definido. Y el ministro conserva el poder de designar a los operadores de los componentes del servicio universal como resultado de un procedimiento abierto (Código de correos y comunicaciones electrónicas: art. L. 35-2 y 35-7).

la voluntad de distinguir mejor las dos funciones: en Finlandia, la ley 393/2003 sobre las comunicaciones no prevé la participación de la autoridad de regulación en la elaboración de la legislación o de las políticas; por el contrario, en esta función el ministro está asistido de un comité consultativo para la administración de las comunicaciones que se compone de representantes de la administración, de los operadores y de los principales grupos de usuarios.

Para conciliar las diferentes exigencias que las autoridades específicas de regulación deberían satisfacer, la legislación de los países estudiados otorga un rol esencial a las autoridades políticas en la composición de los órganos de dichas autoridades y acrecienta el control de su actividad. Adicionalmente la legislación, asegura la independencia de las decisiones de estas autoridades mediante reglas relativas al estatuto de sus miembros, a la personalidad jurídica o a las reglas de financiación. Vamos a ver sin embargo que el alcance de estas reglas es muy variable.

En numerosos países, los miembros de esas autoridades de regulación son nombrados por el ministro. Así, en Holanda, los miembros del cuerpo colegiado que forma la autoridad de las telecomunicaciones (su número varía entre tres y cinco) (OPTA) son nombrados en su totalidad por el ministro de economía por un período de cuatro años. En el Reino Unido, después de la ley del año 2000, se cambió la opción de los reguladores individuales, que había acompañado a las leyes de privatizaciones, por órganos colegiados, que tienen competencias más extendidas. De este modo la GEMA (*Gas and Electricity Market Authority)* remplazó a los distintos reguladores que habían sido creados en el momento de la privatización, y la *Communications Commission,* creada por la ley de 2002 (c.11), remplazó cinco organismos del sector de las telecomunicaciones y del audiovisual. Pero, en ambos casos, es el ministro quien fija el número de miembros del cuerpo colegiado, dentro de los límites fijados por la ley, así como la duración de su mandato, sin que pueda superar los cinco años aunque sea renovable. La OFCOM y la OFGEM conforman sus comités técnicos respectivos. Para la organización de esos reguladores, la ley sigue en los dos casos el modelo de gobierno corporativo. El consejo (la comisión, la autoridad) incluye algunos miembros que hacen parte de la dirección de la estructura (*executive members)*; el presidente se nombra entre los miembros que

no hacen parte de la dirección; la dirección es responsable ante el consejo, que es a su vez responsable de la estrategia y se apoya sobre varios órganos consultativos. Las condiciones para la nominación de reguladores fueron discutidas por la comisión sobre la Constitución de la Cámara de los Lores. Esta comisión concluyó que los reguladores tienen que seguir siendo nombrados por los ministros. Esta comisión descartó la propuesta de que fueran nombrados por una comisión independiente; y también excluyó la posibilidad de renovar el mandato de un miembro de una autoridad de regulación. Su posición merece citarse por su claridad: "*The appointments are being made in order to carry out public policy for which Government has responsibility. It reflects part of the checks and balances within the regulatory system as a whole, and, most fundamentally, carries the clear message that Ministers retain the responsibility, through a democratically elected Government, for the overall operations of the regulatory state*[105]".[106]

En otros países, el parlamento esta ligado al nombramiento. Así, en Alemania, el consejo de la Agencia federal de las redes está formado por 16 miembros del *Bundestag* y por 16 miembros del *Bundesrat*, nombrados por el gobierno federal sobre la base de la propuesta previa de esas asambleas, por un periodo igual al de la legislatura; el consejo propone al gobierno candidatos para la presidencia y la vicepresidencia de la autoridad; pero los miembros que deciden sobre asuntos particulares se escogen entre altos funcionarios o magistrados debido a su independencia estatutaria. En Francia, los presidentes de las dos cámaras del parlamento nombran cada uno, a tres miembros de nueve del CSA, a dos miembros de siete del ARCEP y a cuatro miembros (entre los cuales dos vice-presidentes) de nuevo del colegio de la CRE. Este modelo se sigue, en Grecia, para las autoridades enunciadas en el artículo 101ª de la Constitución: los miembros del Consejo Nacional de Radiotelevisión y de la

[105] *"Los nombramientos se hacen con el fin de implementar políticas públicas sobre las que el gobierno es responsable. Esta norma refleja parte del sistemas de frenos y contrapesos al interior del sistema de regulación como un todo, y, de forma más fundamental, transmite el mensaje de que los ministros retienen la responsabilidad, a través de un gobierno democráticamente elegido, sobre el funcionamiento general del sistema de regulación".*

[106] House of Lords, Select Committee on the Constitution, *op. cit.,* par. 125.

Comisión Nacional de Correos y Telecomunicaciones, así como el presidente de la autoridad reguladora de la energía, son todos nominados por el parlamento antes de ser nombrados por el ministro competente.[107] En Portugal, el Parlamento participa en la nominación de los miembros de los reguladores del sector audiovisual, pero no de los otros sectores. En Italia (ley 481/1995), son las comisiones parlamentarias las que juegan un rol al dar su concepto al presidente de la república sobre los nombres que propone el gobierno. Posteriormente el presidente realiza el nombramiento por decreto; las comisiones pueden escuchar a las personas propuestas; la duración del mandato es fija y es la más larga de Europa (siete años), con el propósito, al parecer, de reforzar la independencia de la institución. Este modelo fue retomado en España por la ley sobre la electricidad para la Comisión Nacional de la Electricidad (ley 54/1997). En Francia, según la revisión constitucional del 23 de julio 2008, la comisión de asuntos constitucionales de cada cámara del parlamento podrá vetar al personaje escogido por el Presidente para nombrarlo como presidente del ente de regulación.[108]

La intervención directa o indirecta del parlamento, en algunos países, en el control o establecimiento de los límites de las autoridades específicas de regulación, da testimonio también de la voluntad de conferir a esas instituciones una legitimidad acorde con los principios democráticos constitucionales. Este enfoque se refleja en la legislación portuguesa; el control parlamentario está previsto para las dos autoridades a las que se dio la independencia más amplia: la autoridad de la electricidad (ERSE), creada en 1995, y la autoridad nacional de las comunicaciones (ICP-ANACOM), establecida en su forma actual por la ley 3009/2001. En los dos casos, la duración del mandato (cinco años) es más larga que la duración de la legislatura; el informe anual se lo presenta el gobierno al parlamento y el presidente de la autoridad puede ser convocado por la comisión parlamentaria competente. En cuanto a las otras autoridades específicas de regulación, que son más dependientes del gobierno, el con-

[107] En el parlamento, la nominación la hace la Conferencia de presidentes, un órgano en el que el gobierno tiene la mayoría, pero que debe decidir por mayoría de al menos cuatro quintas partes.

[108] Proyecto de ley orgánica, Asamblea Nacional, 2009, n°1706.

trol que ejercen los ministros sobre esas autoridades permite que el control del parlamento sobre los ministros alcance a las autoridades específicas de regulación del área correspondiente. La evolución de la legislación francesa responde a la preocupación creciente por asegurar un control político sobre las autoridades administrativas independientes encargadas de las misiones de regulación. Los informes anuales del CSA, de la ARCEP y de la CRE se dirigen al parlamento. El presidente del CSA puede ser escuchado por las comisiones parlamentarias competentes, pero la ARCEP y el presidente de la CRE "dan cuenta" de su actividad ante las comisiones permanentes del parlamento, que pueden convocarlos. Además, la nueva Comisión Superior del Servicio Público de Correos y Comunicaciones Electrónicas (nuevo artículo 125 del Código de correos y telecomunicaciones electrónicas, que surgió de la ley del 9 de julio de 2004), se convierte de hecho en un órgano parlamentario: se compone de siete diputados y de siete senadores designados por sus asambleas respectivas y de tres personalidades calificadas nombradas por los ministros competentes, el presidente debe ser un parlamentario. Esta Comisión recibe una misión muy amplia de control específico para la regulación del sector: ella emite conceptos sobre los proyectos de ley, los pliegos de licitaciones de la empresa de Correos y de los operadores del servicio universal, sobre los proyectos de directivas comunitarias, puede llevar ante la ARCEP asuntos de su competencia relativos al respeto de las obligaciones de servicio público y su informe anual al parlamento contiene una evaluación de la actividad de la autoridad de regulación.

Pero es en el Reino Unido en donde el problema se ha abordado con mayor amplitud. La Comisión sobre la Constitución (*Select Committee on the Constitution)* de la Cámara de los Lores estudió, en su exhaustivo informe sobre el control de la regulación, el tema fundamental de las condiciones en las que los reguladores son responsables por sus actividades ante la sociedad.[109] Según el informe, "*as a regulation starts with Parliament, the ultimate res-*

[109] House of Lords, Select Committee on the Constitution (2004), *The Regulatory State: ensuring its accountability*, 6th Report of Session 2003-2004, 6 de mayo, HL Paper 68.

ponsibility for regulation rest with Parliament"[110] (parágrafo. 29). A pesar de la independencia que se les confía para cumplir la misión definida por la ley, los reguladores están bajo la responsabilidad del Parlamento y del gobierno puesto que éstos tienen el control de marco normativo de su acción: "*it is independence within Goverment rather than independence of Gouvernement per se"*[111] (parágrafo 40). Los reguladores son responsables por la implementación de la regulación ante el ministro y, con el ministro, son responsables ante el parlamento por los efectos de la regulación. Aunque se hayan expresado puntos de vista diferentes, la comisión considera que la independencia de las decisiones de los reguladores ("aplicación objetiva e imparcial de criterios igualmente verificables para todos los interesados" – par. 120) puede y debe ser conciliada con la existencia de controles (*accountability).* El informe habla de una responsabilidad de "360 grados" para expresar el hecho que los reguladores deban dar cuenta de su acción a todos los sectores de la sociedad, al parlamento y al gobierno (par. 48). Pero el informe constata también que el control de los reguladores (*accountability)* por parte del parlamento está lejos de ser satisfactorio. Aunque las comisiones parlamentarias tienen el poder de convocar a los reguladores para una audiencia, el informe señala que estas audiencias no tienen la coherencia, ni la continuidad, ni el conocimiento especializado necesario para ejercer este control de forma efectiva; se considera que el control político de los reguladores es débil; los Lores hacen notar también que los órganos creados para representar y defender los intereses de los consumidores no reciben un tratamiento mejor y que las preguntas que hacen a los reguladores no reciben respuestas satisfactorias (par. 84 y siguientes). Al mismo tiempo, la regulación conduce a una sobre reglamentación y a una adición de controles que es denunciada por los actores económicos (par. 79-81). En fin, la multiplicidad de los reguladores hace difícil la coordinación a nivel del gobierno (par. 101g y 102).

---

[110] *"Dado que la regulación comienza en el Parlamento, la responsabilidad última de la regulación pertenece al Parlamento".*

[111] "*Es independencia al interior del gobierno antes que independencia frente al gobierno per se".*

El informe del *Select Committee* aboga por un refuerzo de los medios y poderes de control parlamentario sobre la regulación, pero el gobierno, en su respuesta, se muestra reticente a comprometerse con esto; el gobierno considera que ese asunto es competencia de la autoridad de las Cámaras del parlamento pero que las medidas que podrían tomarse deberían seguir siendo "proporcionadas".[112] Entre las otras recomendaciones, se resaltan las siguientes:

- Crear un departamento interministerial de regulación, que coordinaría las atribuciones actuales de los diferentes departamentos sectoriales, y correspondería a una comisión parlamentaria que cubriría el mismo campo de competencia;
- reducir el peso de la regulación desarrollando la autorregulación, según objetivos y reglas que permitan alcanzar los objetivos de la regulación pública, bajo control de ésta;
- extender el control del *National Audit Office*[113] a todas las autoridades de regulación incluida la Autoridad de Servicios Financieros.

Sin embargo, el informe no cuestiona el sistema de regulación que resultó de las reformas que se hicieron durante las dos últimas décadas. El informe de la Cámara de los Lores (Select Committee on Regulators) del año 2007 confirma su posición de reforzar el control del parlamento sobre los entes reguladores, y que el gobierno clarifique su directrices de política pública a los mismos.[114]

Además, en todos los países se pueden encontrar estructuras que tienen el propósito de asegurar la comunicación entre la autoridad de regulación y los intereses que están en juego, pero sin afectar la capacidad de decisión independiente de la instancia de regulación. El Reino Unido se distingue por la importancia que le da a los órganos representativos de los consumidores,

---

[112] House of Lords, Select Committee on the Constitution (2004), *The Regulatory State: ensuring its accountability. The Government´s response,* 12th Report of Session 2003-2004, 21 de Julio, HL Paper 150.

[113] Institución comparable, en cuanto a ciertas funciones, a la Corte de Cuentas francesa.

[114] House of Lords, Select Committee on Regulators (2007), *UK economic regulators*, HL Paper 189, vol. I, párafo n°1.25, 1.26 y 1.29.

dotados de personalidad moral y situados cerca del regulador. Sin embargo, sus miembros son nombrados por el ministro, y a pesar de que tengan importantes medios a su disposición, poseen pocos poderes. En Bélgica, debe resaltarse el interés de la fórmula de los consejos consultativos, que se diferencia de la autoridad de regulación propiamente dicha pero que están asociados a ella, y cuya composición tiene el propósito de representar todos los intereses en juego (ver la ley del 17 de julio de 2003 sobre el regulador de las telecomunicaciones). En Francia los comités técnicos constituidos al interior de la ARCEP permiten oficializar la concertación con la profesión durante la evolución de la reglamentación; los observatorios nacionales y regionales del gas y de la electricidad tienen el propósito de vincular los representantes de los consumidores y de las colectividades locales al seguimiento de la evolución del sector y del respeto a los objetivos del servicio público. La ley de 7 deciembre 2006 introdujo dos representantes de los consumidores en colegio de la Comisión de regulación de la energia. Podríamos citar otros ejemplos, pero todo indica que, a pesar de todo, la representación de los consumidores es el eslabón débil de todos los dispositivos de regulación.

5. Modalidades y límites de la independencia funcional de las autoridades de regulación

Dentro de las condiciones que tienen como propósito asegurar la independencia de las autoridades específicas de regulación, hay cuatro que parecen decisivas, pues tratan de crear condiciones objetivas de imparcialidad:

- la intervención de varias autoridades diferentes en el procedimiento de nombramiento de sus miembros,
- un mandato fijo y suficientemente largo en relación con el mandato de las autoridades políticas,
- el carácter no renovable del mandato,
- un régimen estricto de incompatibilidades.

Siempre se estipula un régimen de incompatibilidades, pero las tres primeras condiciones nunca se cumplen de forma simultánea, salvo por las autoridades de regulación que tienen la naturaleza jurídica de autoridades

administrativas independientes, como en Francia e Italia. En los demás países, el mandato no es irrevocable, pero los casos en los que la revocación es posible se definen de forma diferente. En el Reino Unido, la duración del mandato la fija el ministro y no puede exceder cinco años, que es la duración normal de la legislatura, y el mandato de los miembros de las autoridades específicas de regulación es renovable. En Bélgica y en España, el mandato es renovable igualmente. En Holanda, se establece que no es posible nombrar funcionarios, que están en posición de subordinación frente al ministro, a la cabeza de un organismo independiente (ZBO); pero ni la autoridad de la competencia, ni las "cámaras" de la electricidad y de los transportes establecidas al interior del ministerio tienen ese estatus. En Alemania, la independencia de las decisiones se espera más bien que provenga del estatus profesional de los miembros de las autoridades, cuando éstas existen, y del régimen de incompatibilidades.

El tema de la personalidad moral es más controvertido. En un cierto número de países, se considera que la independencia supone la personalidad moral. De este modo, en el Reino Unido, España y Portugal las autoridades específicas de regulación están dotadas de personalidad moral (esto en el caso de las autoridades a las que se les ha dado el nombre de autoridades administrativas independientes: ERSE y IPT-ANACOM). Por el contrario, en Alemania, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia e Italia, la personalidad moral no parece necesaria para garantizar la independencia de las autoridades en la medida requerida por sus funciones. En Holanda, la tutela que ejerce el ministro sobre los organismos administrativos autónomos (ZBO) no permite considerarlos como más independientes que la autoridad de la competencia y los reguladores que están integrados a ella. En Grecia, las autoridades independientes de garantía establecidas por el artículo 101a de la Constitución Helénica (como el Consejo Nacional de la Radiotelevisión) no tienen personalidad moral, pero tienen más independencia que las autoridades de regulación que tienen personalidad moral; y están de hecho sujetas a un control más estricto por parte del ministro competente (es el caso del Organismo Nacional para los Medicamentos). La independencia del regulador finlandés de las telecomunicaciones no se cuestiona, ni la de la agencia alemana de las redes. Nada permite afirmar que las autoridades, belga y española, de las telecomunicaciones, que tienen

personalidad moral, sean más independientes que las autoridades, francesa e italiana, que no la tienen. En Francia, el Consejo de Estado había tomado posición al respecto en su informe de 2001 contra la atribución de personalidad moral a las autoridades administrativas independientes (categoría jurídica a la que pertenecen las autoridades específicas de regulación): el Consejo afirmó que las AAI son "parte integral del Estado, del que ellas no constituyen, por consiguiente, un miembro aparte",[115] y recordó que los tribunales son independientes aunque su financiamiento sea presupuestario[116] y, se puede agregar, no son en ningún caso personas morales. Pero el parlamento se desvía a veces de esta posición. La ley del 1ero de julio de 2003 sobre la seguridad financiera que instituyó la Autoridad de Mercados Financieros (AMF) y la Autoridad de vigilancia de los seguros les atribuyó personalidad moral, pero, teniendo en cuenta el informe del Consejo de Estado, las calificó como "autoridad pública independiente", y no como autoridad administrativa independiente. La ley rectificativa de finanzas del 2004 (art. 117) hizo de la Comisión de Regulación de la Energía (CRE) una persona moral, pero la ley del 13 de julio 2005 la suprimó (art. 30 modificado de la ley del 10 de febrero de 2000). La nueva autoridad de la difusión de obras y de la protección de los derechos sobre el Internet fue establecida como "autoridad pública independiente" investida de personalidad moral (ley 2009-669 del 12 de junio 2009: código de la propiedad intelectual, art. L.331-12), descartandose del proyecto del gobierno, y ya hemos visto que el Senado quiere establecer la autoridad de regulación de los ferrocarriles también como autoridad pública independiente.

Finalmente, la autonomía presupuestaria se considera con frecuencia como una garantía de independencia de las autoridades específicas de regulación. Además la tentativa de atribuir la personalidad moral a la CRE, en Francia, apuntaba en realidad a crear condiciones de autonomía financiera real que permitiera que los recursos ligados a su actividad y descontados directamente a las empresas del sector regulado llegaran directamente a su presupuesto.

[115] Consejo de Estado, *op. cit.,* p. 298.
[116] *Ibid.*, p. 292.

Se ha de notar que, en todos los países, la ley prevé que las empresas del sector paguen derechos que surgen del ejercicio de las competencias de la autoridad, pero existen enfoques muy distintos sobre el tema. Así, la financiación del regulador británico de la electricidad y el gas se realiza en un 95% por recursos propios, mientras que la de la CRE en Francia, es enteramente de origen presupuestario. De forma más general, en lo que se refiere a la electricidad y al gas en los países estudiados, la financiación de las autoridades especificas de regulación es completamente de origen presupuestario sólo en Francia, Grecia y Holanda, y de manera parcial en Portugal, Suecia y Finlandia; en los demás países, la financiación está enteramente asegurada por dineros descontados a las empresas del sector.[117]

Sería sin embargo excesivo hacer de esto la base de la independencia de estas autoridades. La única independencia posible es aquella que consiste en que la autoridad utilice libremente los fondos que tiene a su disposición. Esta independencia se da cuando el ordenador del gasto no es el ministro sino el presidente o el director general de la autoridad. El hecho de que la financiación sea de origen presupuestario o provenga de recursos asignados no representa prácticamente ninguna diferencia para esta función; en caso de que la financiación provenga de recursos asignados debe ser la ley la que fija la base impositiva y la tasa de los derechos o impuestos, que el parlamento podrá hacer variar o incluso, en teoría, suprimir. Cuando se trata de la financiación de organismos públicos es igualmente legítimo que el parlamento tenga un derecho de vigilancia sobre la forma en que los recursos se utilizan, incluso si provienen de las empresas y son asignados a la regulación. El hecho de que un financiamiento propio proteja la función de regulación de los avatares de la regulación presupuestal es un argumento de doble filo que, en realidad, cuestiona el principio de unidad presupuestaria, pues puede ser invocado a favor de otras funciones del Estado que no son menos importantes. También puede temerse que una financiación cuasi-exclusiva por parte de las empresas del sector regulado favorezca una dependencia de hecho de la autoridad de regulación en el marco

[117] CRE, *Informe de actividades 2004,* p.89.

de un sistema constituido por sus propias reglas (el "marco de regulación"), por una financiación autónoma respecto al presupuesto del Estado y por una connivencia fundada sobre una misma cultura técnica y económica; la sociología de la regulación podría poner en jaque el control deseado de las autoridades políticas. A este respecto, una financiación presupuestaria, así sea parcial, parece preferible, lo que no impide hacer pagar a las empresas del sector.

B. Los actos jurídicos de la regulación

Recordemos en primer lugar que no toda actividad de las autoridades específicas de regulación se traduce en actos que produzcan efectos jurídicos. Esta actividad comprende también el seguimiento de la evolución de los mercados y de las tecnologías, el diálogo con los operadores y los usuarios, la negociación para preparar las decisiones, ya sean individuales o reglamentarias, y también la realización de los "ajustes" indispensables para la implementación de políticas públicas.[118] Pero la regulación también comprende actos jurídicos, y ese es el aspecto que se analizará a continuación.

1. La regulación y las mutaciones en el orden jurídico

Con frecuencia se establece un vínculo entre la regulación y dos manifestaciones de la evolución del derecho moderno: las mutaciones de la normatividad, caracterizadas por un debilitamiento de la regla general e imperativa, y la pérdida de eficiencia de las jurisdicciones en beneficio de modos no jurisdiccionales de arreglo de diferencias. La primera de éstas puede considerarse como una de las características de la posmodernidad del derecho[119] y de la regulación, como respuesta a la necesidad de aplicación individualizada de la norma a situaciones diferentes, con los riesgos que esto implica para el principio de igualdad.[120] La mutación se realiza a través de la búsqueda de flexibilidad,

[118] Hubert J.M. (antiguo presidente de la ART), 2004. "Le cas de l´Autorité de régulation des télécommunications ", *RFAP,* No. 109, p. 100.

[119] Chevallier, J., 2004. *L'Etat postmoderne,* LGDJ, colección "Droit et Societé", 2ª ed.

[120] Timsit G., 1997. *Archipel de la norme,* PUF, colección "Les Voies du droit"; ver también en este libro: "Regulación y teoría del derecho".

adaptabilidad y negociación en el derecho, pero da origen a una nueva racionalidad que desemboca en particular en la *proceduralización* y en la *juridización* de la vida social en un grado hasta entonces desconocido. La regulación se desarrolla en el espacio libre dejado por la importancia creciente que la ley le da a los objetivos, los estándares u orientaciones; la regulación puede recurrir, antes que a normas rígidas, a los contratos y a las recomendaciones.

En cierta medida, el Consejo de Estado francés incluyó estas reflexiones en su informe de 2001 sobre las autoridades administrativas independientes, en el que, podemos leer que se espera de la regulación, "que asegure de forma continua la interactividad entre el derecho y el hecho"; corresponde entonces a la autoridad de regulación "hacer evolucionar de manera permanente la regla que ella aplica para seguir de la mejor manera la evolución en el campo de los comportamientos o de las innovaciones de los operadores" y así prevenir e interrumpir los comportamientos que amenacen los equilibrios del sistema.[121] Aunque, en todos los países, el poder normativo de las autoridades específicas de regulación está estrictamente enmarcado y limitado a cuestiones técnicas y económicas, se debe constatar, por una parte, que la reglamentación de los ingenieros y de los economistas ha tomado una importancia práctica considerable, y que, por otra parte, se está desarrollando una "cuasi reglamentación" a partir de la formulación de las condiciones que acompañan las autorizaciones que otorgan estas autoridades, o de las recomendaciones en las que la autoridad advierte que las condiciones determinadas pueden ser aplicadas por el regulador a procedimientos ulteriores.[122] Además, todas las autoridades específicas de regulación asumen hoy en día un rol importante en materia de solución de diferendos en su sector, al ejercer un poder de sanción. Con esto, estas autoridades quedan sujetas a la obligación de respetar la prescripción del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, que asegura el debido proceso.

[121] *Op. cit.,* p. 280.
[122] *Ibid.*, p. 338.

Sin embargo, estas observaciones no reflejan todos los aspectos de la regulación, desde el punto de vista de los actos a través de los cuales se manifiesta, y quizás no todas son pertinentes respecto a la regulación propiamente dicha. Además, en lo que concierne a las relaciones entre la regulación y el control jurisdiccional, aparecen diferencias entre los países, y hoy en día se puede notar una tendencia a reconocer una importancia mayor al control jurisdiccional.

En primer lugar, el debilitamiento de la regla general y la búsqueda de procesos normativos más flexibles y adaptados a las necesidades de intervención pública han precedido el desarrollo reciente de las instituciones y técnicas actuales de la regulación. Como lo mostró Jacques Chevallier,[123] fueron las políticas del Estado providencia las que en primer lugar favorecieron esta evolución, al desarrollar el recurso a la planificación, a la negociación de acuerdos que tengan por objeto obtener el compromiso de los actores económicos de adoptar los comportamientos deseados por la política económica, a la concertación o, como lo hemos mostrado para numerosos países, al "neo-corporativismo", es decir a la implementación de instituciones y procedimientos que permitan asociar el sector afectado a la definición y a la implementación de las políticas en un contexto no competitivo o de competencia limitada.

Pero la regulación que acompaña la apertura a la competencia se traduce por un retorno del derecho, bajo sus formas tradicionales, e igualmente, al desarrollo de la legislación y de la reglamentación gubernamental necesarias para su implementación. En la medida en que la regulación conlleva la instauración de un régimen de competencia en los sectores que estaban regidos por monopolios y la definición de un equilibrio con objetivos no económicos de interés general, la regulación implica una re-reglamentación. Los informes nacionales permiten constatar que nunca se había legislado tanto en materia de energía, telecomunicaciones, audiovisuales o de transporte que desde cuando se trata de "regular" esos sectores mediante la introducción de la competencia. Y es una legislación que no es solamente de origen nacional, sino sobretodo

[123] *Op. cit.*

comunitario, como los reglamentos en materia de transportes terrestres, que fijan el marco de los contratos que tienen por objeto obligaciones de servicio público, o los reglamentos que fijan el régimen actual del transporte aéreo. Además, la reglamentación técnica y económica producida por las autoridades de regulación es claramente reglamentación, y su carácter imperativo no deja evidentemente ninguna duda. Es el paso del monopolio al régimen de competencia el que conduce a expulsar del dominio de la gestión de la empresa, donde solamente eran objeto de prácticas técnicas, asuntos que hoy en día requieren la definición de reglas que produzcan efectos de derecho sobre los terceros, ya se trate de operadores o consumidores. Por ejemplo, el rango de oferta de las unidades de producción de electricidad reposaba, en el monopolio público, solamente sobre el costo marginal de esas unidades, en función de la demanda. Hoy en día, el administrador de la red es distinto del productor y del distribuidor. Este debe asegurar el derecho de acceso a los distribuidores sin discriminación en función de los contratos que han realizado con sus clientes; puede igualmente definirse una prioridad respecto de ciertas fuentes de energía que conduce al administrador de la red a comprar la energía disponible en el mercado en aras de equilibrio. Todas estas operaciones dan lugar a una reglamentación que antes no se necesitaba. Hay otros ejemplos, en particular en cuanto a funciones que no existían en la época del monopolio, particularmente en el ámbito de las comunicaciones electrónicas debido a las evoluciones tecnológicas de los últimos años. Sin embargo, el contenido técnico o económico de la reglamentación no cambia en nada su calidad normativa, y el hecho de que se elabore mediante acuerdos con los operadores tampoco afecta su carácter imperativo.

Por el contrario, ese contenido explica y justifica la profesionalización y el conocimiento especializado de la regulación, y que a veces se resaltan como características distintivas de las autoridades específicas de regulación que se han implementado. Esto lleva también a que estas autoridades asuman los contenciosos especializados, al menos en primera instancia, y la supervisión del sector mediante el ejercicio, dado el caso, de un poder de sanción. Esto también distingue a estas autoridades, puesto que las penas son pronunciadas por autoridades de naturaleza administrativa y no por las jurisdicciones.

2. Los actos jurídicos de la regulación: endurecimiento de la reglamentación y contractualización

Esas observaciones permiten apreciar mejor los aportes de la función de la regulación respecto de los actos jurídicos. Sin embargo, notaremos que los actos jurídicos originados por la función de regulación son a fin de cuentas bastante clásicos:

- reglamentos, pero en un campo de competencia especializado,
- procedimientos de preparación de normas que asocian a diferentes autoridades, mediante poderes de proposición o de conceptos,
- a veces, la homologación de esas normas por el ministro o el gobierno,
- decisiones individuales de autorización o de asignación de recursos (por ejemplo recursos del espectro radioeléctrico o de números de marcación), que son decisiones creadoras de derechos.

En ningún país se menciona que la regulación haya modificado o hecho evolucionar la tipología de los actos jurídicos a los que el poder público puede recurrir para el ejercicio de sus misiones.[124]

Es cierto que en algunos casos se acude a acuerdos o contratos. Por ejemplo, en Francia, El Consejo Superior del Audiovisual subordina la autorización del uso de una frecuencia radioeléctrica para la explotación de un servicio de radiodifusión por vía hertziana, a la conclusión con el solicitante de un acuerdo que fije las reglas particulares de ese servicio, en el marco de los principios generales relativos a las obligaciones que se le imponen a los operadores de los servicios de radiodifusión (ley del 30 de septiembre de 1986,

[124] Lo que explica la escasa originalidad del contencioso de los actos de las autoridades administrativas independientes, aparte de los casos que resultan de derogaciones legislativas explícitas (ver Collet, M., 2003. *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*. París, LGDJ). La tentativa de Laurence Calandri de descubrir una naturaleza propia y típica de los actos de regulación por el hecho de que "inviten", es decir "induzcan" los agentes ecónomicos a adoptar ciertos comportamientos, encuentra su limite en que tales actos son escasos y por la posibilidad de que se tomen medidas imperativas en caso que no se respecten (*Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, París, LGDJ, 2009, en particular pp.244 y sig.).

art. 28). Podemos relacionar a esto los contratos realizados entre el Estado y las empresas encargadas de la gestión de un servicio público, éstos precisan las obligaciones de estas empresas y también la parte de financiación que el Estado les aportará. Tales contratos se prevén explícitamente en la ley francesa del 9 de agosto de 2004 (art. 1) para ser realizados entre el Estado, por una parte, Electricidad de Francia (EDF) y Gas de Francia (GDF), por otra parte, o entre el Estado y otras empresas del sector en materia de servicio público. Estos contratos no son una innovación pues estaban previstos en el marco del monopolio por la ley del 29 de julio de 1982, como consecuencia de una práctica que se venía desarrollando desde finales de los años sesenta. Bélgica conoce también "contratos de gestión" realizados entre la autoridad pública y empresas para determinar las condiciones de ejecución de las obligaciones de servicio público. El reglamento 1191/69 modificado del Consejo de la Unión Europea hace del contrato de servicio público un instrumento de regulación, pues establece, por una parte, que los Estados pongan fin a las obligaciones inherentes a la noción de servicio público que imponen a las empresas de transporte por carretera, vías férreas o navegables, con el propósito de crear condiciones para la competencia, y, por otra parte, que los Estados puedan concluir con tales empresas contratos de servicio público que definan las obligaciones de servicio público y las modalidades de su compensación financiera para ofrecer al público servicios de transporte suficientes. El propósito del reglamento es por lo tanto introducir la competencia en el sector de los transportes, pero proporcionar al mismo tiempo a los Estados un instrumento adecuado para organizar el servicio público en condiciones transparentes y compatibles con un régimen de competencia no falseado por ayudas disimuladas tras la financiación del servicio público. El reglamento establece así el marco de regulación. En Italia, el régimen de contratos de servicio fue extendido a los transportes urbanos, suburbanos y regionales;[125] tales contratos pueden ser celebrados por las autoridades locales o regionales competentes que determinan el contenido del servicio y asumen

[125] Algo que por el momento el reglamento comunitario no impone.

la carga financiera,[126] pero respetando el nivel de prestación garantizado por el legislador nacional con base en el nuevo artículo 117 de la Constitución.[127] Fuera del dominio de los transportes terrestres, el contrato también es un instrumento jurídico que está a disposición de los poderes públicos nacionales para determinar las obligaciones que incumben a ciertas empresas a título del servicio universal o de las obligaciones del servicio público; pero nada los obliga a recurrir a él si prefieren otros instrumentos jurídicos.

Esto sin embargo no debe hacer olvidar que, si bien el contrato puede ser uno de los tipos de actos jurídicos puestos al servicio de la regulación, los contratos también son, en gran medida objeto de la regulación. Ya sea para garantizar el acceso a la red o para proteger a los consumidores, la reglamentación nacional, como consecuencia de las directivas comunitarias, puede determinar de forma muy precisa qué asuntos debe contener el contrato y que compromisos debe implicar. Tal es el caso especialmente en Finlandia y en Dinamarca; incluso si los servicios públicos de carácter económico están sometidos al derecho privado, y dan lugar, en las relaciones con los consumidores, a la conclusión de contratos de derecho privado, los términos de esos contratos están reglamentados en numerosos casos. Así, la ley finlandesa sobre el mercado de las comunicaciones (n.393/2003) consagra sus artículos 59 a 83 a los derechos de los usuarios y a las cláusulas de los contratos estándar que los operadores tienen la obligación de publicar; esta ley establece el control de los contratos estándar en cuanto a su legalidad, por parte del *ombudsman*[128] de los consumidores; y la ley sobre la protección de los consumidores se aplica también a los usuarios de las telecomunicaciones.

En resumen, a medida que la regulación se institucionaliza se acompaña de un fortalecimiento de la reglamentación. El marco reglamentario se

[126] Decreto legislativo n. 422/1997.

[127] Torricelli, S., 2003. "Il transporto ferroviario liberlizzato: organizzazione della concorrenza et tutela del´interesse pubblico", en Brancasi, A., (a cura di), *Liberalizzazione del transporto terrestre e servizi pubblici economici.* Bologne, Il Mulino, en particular, p. 88-96.

[128] Nota del editor: El *Ombudsman* es una institución escandinava que varios países adoptaron a partir de los años 50. Su misión es intervenir ante la administra pública a fin de lograr una solución satisfactoria a las reclamaciones de los particulares y evitar así los procedimientos contenciosos.

hace más denso, más preciso y más restrictivo, y la supervisión que realizan los reguladores, reforzada por su conocimiento especializado, puede llevar a sanciones pecuniarias muy fuertes o a otras sanciones administrativas. Hoy ya no es tan seguro que la flexibilidad caracterice la regulación. Por lo tanto, es más bien el control jurisdiccional el que adquiere más importancia como garante último del respeto de los derechos y de la legalidad.

3. La tendencia al fortalecimiento del control jurisdiccional de los actos de regulación

Esto es lo que observa Martin Bullinger. Aunque en general los autores le reconocen al control jurisdiccional un rol limitado en la regulación, esto podría cambiar y de hecho ya ha comenzado a cambiar, en particular bajo la influencia del derecho europeo. La Comunidad Europea, cuyas directivas más recientes coinciden en un endurecimiento de la regulación, exige también de forma muy precisa el derecho de poder apelar ante un organismo independiente de las partes, en un proceso que permita volver a examinar a fondo la decisión de la autoridad reglamentaria nacional, si este mismo no es una jurisdicción (directiva 2002/21, 7 de marzo 2002, art. 4). Naturalmente, la forma en la que las jurisdicciones responden a los pleitos que llegan a ellas en materia de regulación depende de las características generales de la organización jurisdiccional y del sistema de apelaciones. Según Martin Bullinger, la liberalización debería estar acompañada, en general, de una mejor protección de los derechos individuales de los consumidores, mejor reconocidos por la legislación, pero ésta debería favorecer también un acercamiento entre los sistemas nacionales de protección jurisdiccional, con la condición de que la organización de las jurisdicciones responda a la necesidad de integrar el conocimiento técnico y económico, dada la importancia que tienen para poder juzgar estos asuntos a fondo.

En la situación actual, el contencioso de los actos de las autoridades específicas de regulación ha llevado a algunas derogaciones legislativas de las reglas generales de competencia jurisdiccional en algunos países. De forma general, en efecto, los actos de las autoridades de regulación se someten, en el plano contencioso, a las mismas reglas que los actos de la misma naturaleza

de las autoridades administrativas clásicas. Es lo que ocurre en Grecia, y también en Italia, en donde el juez administrativo, a raíz en particular del decreto legislativo n. 80 del 31 de marzo de 1998 y del fallo de la Corte Constitucional del 6 de julio de 2004 (n.204), recibió competencia exclusiva en materia de servicios públicos, siempre y cuando la administración haya actuado en ejercicio del poder público, en particular en lo que concierne a la supervisión y el control de los transportes, la energía y las telecomunicaciones y, más en general, de los administradores de los servicios públicos (art. 33); esto mismo ocurre en España, Portugal y Finlandia. Lo mismo vale para el Reino Unido y Dinamarca, donde las jurisdicciones ordinarias son competentes para juzgar las apelaciones contra los actos administrativos.

Sin embargo, en varios países con dualidad de jurisdicciones, el asunto de los contenciosos ha llevado al legislador a derogar las reglas de repartición de competencias, y a atribuir a las jurisdicciones civiles las apelaciones contra los actos de las autoridades de regulación hechas en el marco de un diferendo entre personas privadas o que hayan producido una sanción contra un operador por no haber cumplido sus obligaciones. En Francia, El Consejo Constitucional admitió la posibilidad de "arreglos precisos y limitados" a las reglas de competencia jurisdiccional con el fin de unificar las competencias al interior del orden jurisdiccional principalmente concernido, con el fin de lograr una "buena administración de justicia".[129] Después de haberle atribuido a la Corte de Apelaciones de París la competencia para juzgar las apelaciones a las decisiones del Consejo de la Competencia, el legislador también le atribuyó a la Corte de Apelaciones de París la competencia para juzgar los casos de apelación contra las sanciones pecuniarias pronunciadas por la COB (hoy la Autoridad de los Mercados Financieros) y la Comisión Bancaria, y contra las decisiones tomadas por la ARCEP y la CRE sobre los diferendos entre los operadores, a pesar la naturaleza administrativa de las decisiones en cuestión. En cambio, las sanciones emitidas por la ARCEP o la CRE pueden ser apeladas ante el Consejo de Estado. La enumeración anterior es suficiente para mostrar

[129] CC no 86-224, 23 de enero de 1987 "Consejo de la competencia", *GAJA*, 14ed, 2003, no. 95.

la falta de coherencia en las soluciones que se le han dado a este problema. Aparte de los casos mencionados, la competencia del juez administrativo perdura. Otros países han seguido ese mismo camino, pero de forma más limitada. En Alemania las apelaciones contra las decisiones del *Bundeskartellamt,* que es una autoridad administrativa federal, se realizan ante el juez ordinario (GWB: par.62).[130] Como en Francia, hay poco de consistencia en las soluciones adoptadas por leyes. Las apelaciones contra las decisiones de la agencia federal de las redes en materia de comunicaciones electrónicas son de competencia del juez administrativo, por su naturaleza de acto administrativo (TKG 22 de junio 2004: §§ 132 y 137),[131] mientras las apelaciones contra las decisiones de la misma agencia en materia de energía son de la competencia de la jurisdicción ordinaria, a pesar de su naturaleza de acto administrativo (EnWG 13 de julio 2005: §75).[132] En Holanda, existe una jurisdicción administrativa especial en materia económica, el Colegio de Apelaciones del Comercio y la Industria.[133] Pero, en primera instancia, la ley especializó ciertas jurisdicciones ordinarias para examinar las apelaciones contra las decisiones de ciertas autoridades específicas de regulación: el tribunal de Rotterdam fue especializado en temas relativos a la competencia, y juzga las apelaciones contra las decisiones de la autoridad general de la competencia (el NMa), de la OPTA (telecomunicaciones y correos), y algunas de las decisiones de las cámaras de electricidad y transportes del NMa, mientras que las apelaciones contra otras decisiones se llevan directamente ante el Colegio de Apelaciones, al igual que las apelaciones contra los fallos del tribunal de Rotterdam.[134] En Bélgica, el Consejo de Estado sólo es competente en asuntos de exceso de poder, pero es derecho común; por el contrario, la ley atribuye las apelaciones de relativas a los derechos patrimoniales a la Corte de apelaciones de Bruselas.

---

[130] Ley contra las prácticas anticompetitivas.
[131] Ley sobre las telecomunicaciones.
[132] Ley sobre el suministro de electricidad y gas.
[133] *College van Beroep van het bedrijfleven.*
[134] Van der Meulen B.M.J., Ottow A.T., *op.cit.*, p. 36-38.

Más allá de los problemas de atribución de la competencia jurisdiccional, el alcance del control jurisdiccional de las decisiones de los reguladores es más delicado de apreciar. Tom Zwart concluyó, al término de una comparación del control jurisdiccional sobre los actos de las autoridades específicas de regulación en Estados Unidos, Canadá, Francia y el Reino Unido, que los jueces son deferentes hacia el estatus de independencia de esas autoridades y desean darles un poder de apreciación suficientemente amplio dentro de su campo, razón por la cual se ha querido asegurar su independencia. También concluyó, por otra parte, que ningún fallo ha llevado a los jueces a querer extender el control político.[135] En el Reino Unido, el gobierno tenía el objetivo, al crear las primeras autoridades de regulación, de evitar la intervención de los jueces tanto como fuera posible, al considerar que el pequeño número de empresas afectadas permitiría resolver los litigios mediante negociación.[136] Pero, en realidad, la complejidad de las legislaciones y el número de las empresas afectadas por las decisiones de las autoridades de regulación aumentaron la probabilidad y, en efecto, el número de recursos tipo *judicial review.* Inicialmente, los jueces habían expresado su reticencia a comprometerse en un control que pudiera conducirlos a sustituir sus apreciaciones por aquellas de la autoridad investida por el parlamento y a tomar *de facto* decisiones ejecutivas o administrativas, cuando justamente el Parlamento había querido darles a esas autoridades un poder discrecional suficientemente amplio.[137] Pero esta situación está en proceso de cambio bajo la influencia del número de apelaciones, de la introducción en el derecho inglés de la Convención Europea de Derechos del Hombre y de la jurisprudencia comunitaria, lo que está empujando a los jueces

[135] Zwart T., 2003. "Judicial review of agency actions: the scope of review", p. 171-178, en: Zwart T., Verhey L. (eds.), *Agencies in European and comparative law,* op. cit.

[136] Nota entregada por Toney Posser a la Comisión de la Constitución de la Cámara de los Lores: "Supplementary note: judicial review and appeal to the Competition Commission", House of Lords, Select Committee on the Constitution, *The regulatory state…*, *op. cit.*, vol 2. , suplemento al proceso verbal, preguntas 133 y siguientes.

[137] Ver las decisiones citadas por John McEldowney, en particular los asuntos *R. v Secretary of State for Trade and Industry*, *ex. p. Lonrho* [1989] 1 W.L.R. 525; *R. v Independent Television Commission ex p. TSW Broadcasting Ltd* [1996] EMLR 318.

a superar los límites tradicionales del judicial review.[138] Esto explica las opiniones divergentes recogidas por la comisión de la Constitución de la Cámara de los Lores, pues unos consideraban que esta figura estaba mal adaptada y era poco eficaz porque no permitía examinar el fondo del asunto, mientras otros subrayaban por el contrario el temor a los jueces y la voluntad de los reguladores de no someter las decisiones cuestionadas a un procedimiento de *judicial review.*[139] Una reciente sentencia de la High Court sugiere *obiter dictum* una posible ampliación del alcance del *judicial review*: "following the 1998 Act, courts have now to consider questions of social policy with which they were not previously concerned. (…) courts will hold that fewer matters are now non-justiciable on the grounds that they involve policy issues".[140] Además, desde el *Competition Act 1998,* existe un nuevo tribunal, el *Competition Commission Appeals Tribunal,* que es competente para decidir, no solamente sobre los recursos dirigidos contra las decisiones del *Office of Fair Trading*, sino también contra ciertas decisiones de reguladores sectoriales. Es por esta razón que la comisión de la Constitución concluyó, apoyándose sobre ese precedente, que era necesario un procedimiento general de apelaciones, que permitiera un examen de fondo, contra las decisiones de las autoridades de regulación, y para ello un nuevo *Regulatory Appeals Tribunal* para todos los asuntos que no puedan ser objeto de una apelación en materia de competencia.[141] Pero el gobierno y los operadores se muestran reticentes respecto a esta propuesta que podría multiplicar las apelaciones y cuestionar, a veces, decisiones cuyo contenido es el resultado de una negociación que logra un equilibrio entre las diferentes partes del acuerdo.[142]

---

[138] El fundamento del control ejercido sobre un acto de una autoridad pública es el *ultra vires,* es decir que se extiende en caso en el que el autor del acto hubiera actuado de forma "poco razonable". En el derecho inglés, *appeal* se opone a *review*. El primero permite un reexamen del fondo y el control sobre los motivos de hecho; el segundo solamente permite el control del respeto a las normas jurídicas.

[139] House of Lords, Select Committee on the Constitution, *The regulatory state…* Ver estas posiciones en el volumen 2 del informe, y la síntesis en el volumen 1, par. 88 a 100.

[140] Jain & Anor v Trent Strategic Health Authority [2007] EWCA Civ 1186 (22 November 2007), par.62.

[141] House of Lords (2004), *op. cit.,* par. 230-232.

[142] *Ibid.* par. 99-100.

La jurisprudencia francesa ya se comprometió con la profundización del control en los últimos años. En Francia, la doctrina se mostró reticente hacia una extensión del control jurisdiccional sobre los actos de las autoridades administrativas independientes, por temor a que mediante ese control se estableciera la subordinación de las autoridades administrativas independientes al juez, y éstas perdieran su originalidad y se debilitara su independencia en relación con el poder ejecutivo.[143] Recordemos que en Francia, es sobre todo en el campo de la protección de las libertades fundamentales que se crearon las autoridades administrativas independientes. Pero, en su informe del 2001, el Consejo de Estado expresó una posición clara en lo concerniente a las autoridades administrativas independientes. Se trata de autoridades administrativas, y por esta razón, sus actos son justiciables ante el juez administrativo, sin que la aplicación del artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre a sus decisiones en materia de sanción, similares a decisiones en materia penal, pueda cambiar su naturaleza. El Consejo de Estado recomienda dejar al Tribunal de Conflictos la tarea de solucionar los problemas de competencia, dado que las intervenciones del legislador han sido más bien un factor de confusión, y también considera que no se deben crear nuevas autoridades administrativas independientes sino solamente en caso de que la necesidad sea verdaderamente justificada. Desafortunadamente, los legisladores y los gobiernos no escucharon al Consejo d'Estado: el número de autoridades administrativas o públicas independientes supera hoy los cuarenta.

Paralelamente, el Consejo de Estado desarrolló la cooperación con esas autoridades en los casos en que la ley así lo prevé. El Consejo de Estado consulta al Consejo de la competencia, antes de emitir un juicio, cuando éste puede proporcionarle elementos de apreciación para aclarar su posición. También puede, en ciertos casos, intervenir por medio de medidas cautelares a petición de una autoridad administrativa cuando la ley así lo prevé (ejemplo: el artículo 42-10 de la ley del 30 de septiembre de 1986 permite al presidente del CSA

[143] Ver en particular: Autin, J.L., 1991. "¿Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d´État est-il pertinent?, *RDP,* No. 6, p. 1532-1566; Pauliat H., 1992, "Le contrôle du juge administratif sur les décisions des "autorités administratives indépendantes" compétentes en matière audiovisuelle", *RFDA*, 8 (2), p. 256-258.

acudir al presidente de la sección de contenciosos para que ordene la cesación de la difusión por parte de un operador de satélite de un programa que atente contra al menos uno de los principios definidos por la ley).[144]

Finalmente, al desarrollar su control de legalidad mediante el uso del derecho de la competencia y del derecho del consumo en la apreciación de la legalidad de los actos que se someten a su control, el Consejo de Estado se ha dotado de los medios para realizar un control reforzado. Este se ha manifestado en sucesivas ocasiones en el curso del periodo reciente. Por ejemplo, el Consejo de Estado admite que los efectos anticompetitivos de una medida administrativa tomada por una autoridad de regulación (por ejemplo la ARCEP) pueden crear una situación de urgencia que pueda justificar la suspensión de la medida en cuestión.[145] El Consejo de Estado anuló la negativa de la ARCEP de modificar su plan de números de marcación, que tenía el propósito de retirar el 12 como número de llamada para la información telefónica diciendo que esta entidad "desconoció el objetivo de la competencia efectiva y leal entre los operadores de las redes de telecomunicación y los proveedores de servicios de telecomunicaciones, que en virtud de las disposiciones precitadas de la segunda sección del artículo L. 32-1 del código de correos y telecomunicaciones le corresponde hacer respetar, en beneficio de los usuarios, en cuanto a la asignación de los números de marcación".[146] O incluso, el Consejo de Estado anuló varias decisiones del CSA referentes a la atribución de medios radioeléctricos de formato digital, debido a que esas decisiones violaban las disposiciones de la ley que limita el número de autorizaciones que una misma persona puede tener o controlar, y por no haber tenido en cuenta un pacto de accionistas que daba a uno de los demandantes el control del otro, y del cual el juez tuvo conocimiento a través de una de medida de instrucción.[147] En fin, se puede notar una tendencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte de Casación, a

[144] CE ord. ref. 13 de diciembre de 2004, "Président du Conseil Supérieur de l´Audiovisuel", no. 274757, *AJDA,* no. 4/2005, p. 207.

[145] Ord. Ref. CE 19 de enero de 2004, "Soc. T – Online France", no. 263012.

[146] CE Sec. 25 de junio de 2004, "Soc. Scoot France", No. 249300.

[147] CE Sec. 20 de octubre de 2004, "Soc. TF1", No. 260898 hasta 260904.

interpretar de forma amplia los poderes atribuidos por la ley a las autoridades administrativas independientes en beneficio de la eficiencia de su misión.

Esta evolución jurisprudencial reciente muestra que el juez tiende a volverse parte activa en la regulación y que puede darse los medios para superar su déficit de conocimiento respecto a las autoridades de regulación.

Pero, de manera general, ¿no estamos ya ante una cierta banalización institucional y jurídica de la regulación?

En los diferentes Estados europeos estudiados, la legislación tiende a mantener o a restablecer el control de las autoridades políticas en nombre de la responsabilidad que sólo ellas pueden asumir en un marco constitucional democrático, y la jurisprudencia, motivada por la ley, tiende a extender su control sobre los actos de estas entidades. Estos aspectos son condiciones necesarias para la inserción de las autoridades de regulación en el marco de los principios del Estado de derecho y del respeto al deber de imparcialidad de sus decisiones.

La regulación como función

La regulación como función: apuntes introductorios

Paul Laurent Frier*

La regulación se ha vuelto un término de moda. Se le encuentra en obras de economía[1] y constituye un elemento importante del discurso político: ¿el nuevo primer ministro español no se presenta como partidario de un Estado regulador?

La noción de regulación se posiciona cada vez más en el derecho. Cada vez más libros y trabajos recientes se refieren a ella. Esto se aprecia por ejemplo en la obra de B. du Marais,[2] en el informe entregado por el señor Stoffaës al ministro de asuntos europeos,[3] en el que se pregunta por la dimensión de servicio universal ante la política de libre competencia o, en fin, en el coloquio realizado en la Escuela Nacional de Administración.[4] También algunos centros de investigación de la Universidad de París I (tanto en derecho público como privado) se han asociado con el Centro Nacional de Investigación Científica (CNRS) para formar una Unidad Mixta de Investigación llamada *"Régulation économique et sociale"*.

En fin, la palabra aparece en el título mismo de ciertas autoridades administrativas independientes como por ejemplo la autoridad de regulación de las telecomunicaciones o la comisión de regulación de la energía. Hay por lo tanto toda una estructura de regulación. A la regulación clásica realizada por el Estado o por organismos corporativos en el marco de la auto-regulación, se han sumado entidades independientes tanto frente al Estado como al mercado, que responden a ciertos criterios y que tienen ciertas características comunes. Es así como el Consejo de Estado ha mostrado las "necesidades a las que trata de responder (ese) concepto" y los poderes que le son atribuidos, en consecuencia, a esas autoridades.[5]

---

* Profesor de la Universidad de París I, Panteón-Sorbana.

[1] Por ejemplo, Prager, J.C:, Villeroy de Galhau F., 2003. *18 leçons de politique économique: à la recherche de la régulation.* Le Seuil.

[2] Du Marais, B., 2004. *Droit public de la régulation économique,* Éditions Dalloz.

[3] Stoffaës Ch., 2003. *Vers une régulation européenne des réseaux,* Paris, col. ISUPE.

[4] *RFAP*, 2004, "Régulation, nouveaux modes, nouveaux territoires", n°. 109, p. 1 a 109.

[5] *EDCE*, 2001, *Les autorités administratives indépendentes*, p. 275 y s.; 308 s.

Actualmente, los juristas adoptan dos concepciones distintas de la regulación según el caso.

En efecto, la palabra, en francés, se relaciona con la acción que permite asegurar el funcionamiento correcto de alguna cosa, con un ritmo regulador (el tráfico de carretera, el flujo de las aguas). El término se usa con frecuencia en el ámbito de las ciencias exactas: física, química, cibernética o biología. Pero, sólo hasta hace poco, éste término ocupa un lugar en el vocabulario jurídico.[6] Esta palabra llegó en lo vagones del neoliberalismo anglosajón, a través de la reimportación, como muchas veces ocurre, de un término inglés de origen francés: *regulation*. Pero, mientras que en inglés esta palabra significa "reglamento" o "reglamentación" (los reglamentos de la CEE son en inglés *regulations*), su sentido en el francés jurídico se ha extendido y designa una serie de funciones que van más allá de la reglamentación. *Traduttore-traditore…*

Es así como, para ciertos juristas[7] la regulación sólo puede existir en ámbitos en donde antes había monopolios nacionales de servicios públicos de red. La regulación tiene para ellos el objetivo de permitir la permanencia de ciertas obligaciones de servicio público o de servicio universal, bajo el control de una autoridad específica (telecomunicaciones, energía). Este enfoque permite enmarcar el fenómeno y darle una cierta especificidad a ese derecho.

En otra acepción, inspirada en la teoría de sistemas, la regulación consiste en establecer "ciertas reglas, al intervenir de forma permanente para suavizar las tensiones, solucionar los conflictos y asegurar la permanencia de un equilibrio de conjunto".[8] La intervención de la administración, en particular, resulta indispensable para garantizar el funcionamiento regular –la regularidad tomada a la vez en su sentido jurídico y dinámico (la regularidad de los flujos)– de determinados sectores abiertos a la competencia. La regulación concierne

[6] En este sentido ver también el reciente *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2004.

[7] Ver por ejemplo Charbit N., Jeanneney P.A., Richer, L. *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation,* crónica publicada en la AJDA; o Nicolas, M. y Rodrigues, S., 1998. *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe,* ISUPE, p. 210 s.: "la régulation est un nouveau dispositif institutionnel qui encadre les industries de réseaux en cours de libéralisation".

[8] Chevallier, J., 2003. *L'État post-moderne*, LGDJ, p. 59.

de este modo al sector audiovisual[9] o a la economía digital,[10] pero también a todo lo relativo a la policia administrativa económica (control de los mercados financieros, derecho de la competencia, etc.).[11] En consecuencia, la regulación garantiza el buen funcionamiento de un sector conforme a las exigencias del interés general, incluso cuando no existe ningún servicio público. Este segundo enfoque extiende mucho el alcance de la noción de regulación y puede quitarle una parte de su especificidad. ¿Pero por qué habría que excluir los instrumentos jurídicos, sean cuales fueren, que conducen a mantener el equilibrio en cierto ámbito, si la palabra en francés se relaciona ante todo con las técnicas que garantizan el buen funcionamiento de un sistema?[12]

Sea lo que sea, aquí se trata de indagar acerca de las funciones de la regulación. ¿Se debe, desde ese punto de vista, distinguir, según la clasificación de Eisenman, las funciones-fines de las funciones-procedimientos?

En el marco de las funciones-fines –en el plano de los fines– el objetivo de la regulación es asegurar un funcionamiento armonioso de los diferentes sectores en los que aparece una nueva libertad de acción a raíz de la desaparición de monopolios o del retroceso de la intervención pública, garantizando la libre competencia y la transparencia en los mecanismos de funcionamiento. Esto permite el acceso de los interesados al mercado para que se combata, en particular, el abuso de la posición dominante, y a los usuarios y consumidores la garantía de sus derechos, si es el caso en el marco del servicio público o del servicio universal, cuando subsistan obligaciones en ese sentido.

En el marco de las funciones-procedimiento, hay que notar –y no es paradójico desde este punto de vista– que la función de reglamentación y de

[9] Ver por ejemplo EDCE, 2001, informe antes citado del Consejo de Estado, p. 280 y 377.

[10] Ver la ley n° 2004-575 del 21 de junio de 2004 para la confianza en la economía digital que coloca bajo el signo de la regulación las funciones, en este ámbito, de control del consejo superior del audiovisual (ver capítulo III).

[11] Ver el artículo L. 621-1 C: la autoridad de los mercados financieros "aporta su parte a la regulación" de los mercados. Ver también Du Marais B., 2004, antes citado, p. 483, 490, 492, 496, 498 y EDCE, 2001, informe antes citado del Consejo de Estado, p. 281 y 310.

[12] Lo que, en materia económica, concierne todos los "sectores específicos abiertos a la competencia y no abandonados a ella", Frison. Roche, M.A., 2004, "la définition du droit de la régulation économique", *Dalloz,* chr. P.126.

policía administrativa, ha subsistido e incluso crecido. Es posible entonces que esto haya generado el problema del eventual poder reglamentario de las autoridades de regulación para disciplinar diferentes sectores.

Pero la regulación también hace intervenir un poder jurídico de control. Inicialmente mediante la técnica de los permisos o autorizaciones previas y luego, mediante el control posterior que puede llevar a sanciones administrativas por parte de la autoridad de regulación, independientemente de las eventuales sanciones penales.

Sin embargo, más allá de la dimensión estrictamente jurídica de la regulación, lo que debe resaltase es el importante espacio que se le deja a la concertación y a la negociación. Todo esto puesto que la autoridad de regulación es, en principio, independiente de la administración estatal tradicional y puesto que reúne en su composición a los funcionarios y a los "representantes" de la sociedad civil lo cual permite un diálogo real y un "poder de influencia". La regulación presenta entonces procedimientos distintos a los habituales, y el *soft law* que resulta de la discusión con los actores tiende a jugar allí un papel esencial.

Esto puede traducirse finalmente por mecanismos de estimulación (en especial subvenciones y exoneraciones fiscales) destinados a guiar la acción en un sentido determinado. Aquí volvemos a encontrar el sentido original de la regulación, a saber, el control de los flujos. Quizás habría que interrogarse, en adelante, más sobre la forma de regulación que se inscribe en la línea de uno de los modos clásicos de la intervención estatal que procura orientar las intervenciones de la sociedad civil tal como lo desarrolla extensamente Jean Rivero en su *Précis de droit admisnitratif,* en el que distingue, al interior de las formas de la acción administrativa, al lado de la policia administrativa y del servicio público, la ayuda administrativa a las actividades privadas de interés general. Él insiste en particular en los diferentes tipos de asociación con la administración que pueden surgir. Se hace en tal caso regulación sin saberlo…

Como se puede apreciar, la regulación es entonces un término polisémico y multifuncional. Todo el interés del coloquio es progresar en su clarificación, en lo que sin duda habremos avanzado cuando éste haya terminado.

Los usos de la noción de "regulación" en el derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea*

Franck Moderne**

El tema que nos corresponde tratar hoy amerita ciertas observaciones preliminares, con el propósito de estimar de mejor manera su inserción y su alcance en el mundo del derecho, y más precisamente en el contexto del derecho europeo, tal y como resulta de numerosos (¿demasiado numerosos?) estudios que se le han dedicado y tal como es analizado de forma más particular en los diferentes informes nacionales que se nos han remitido.

Se trata de un concepto que conviene calificar desde el principio de "indeterminado", sin embargo, éste se presta a un examen jurídico por parte los juristas puesto que se presenta como "regla de derecho", incluso si, en su campo potencial, escapa ampliamente a nuestra disciplina.

Y, es un punto que hay que subrayar: la noción de regulación ha llegado a ser en pocas décadas (pocos años….) uno de esos conceptos ineludibles sin los que el discurso político, el discurso económico, el discurso social, o incluso a veces el discurso filosófico, sería considerado como incompleto o de lo contrario emasculado.[1]

---

* Dado que este texto se realiza a partir de los informes nacionales, se citará únicamente una bibliografía mínima.

** Profesor emérito de la Universidad de París I, Panteón-Sorbona.

[1] Sobre la noción de regulación y su utilización un poco desordenada en el campo de las relaciones sociales, la literatura es impresionante. Ver entre otras obras en lengua francesa, Miaille, M. (dir.), 1995. *La Régulation entre droit et politique.* L´Harmattan, París. Commaille, J., Jobert, B. (dir.), 1998. *Les métamorphoses de la régulation politique*, LGDJ, París, -sobre la noción de regulación en el contexto de los servicios públicos en red, nos referiremos por último a Arekian V., 2003. *Recherches sur la notion de régulation en droit public français: le cas des* services publics de réseaux, Thèse Lille II; Laget-Annamayera., 2002, *La régulation des services publics en réseaux,* LGDJ-Bruylant, París, Bruselas; Stoffaës Ch., 2003. *Vers une régulation européenne des réseaux* (Rapport). ISUPE, París. Sobre la regulación en derecho económico, ver: Du Marais, B., 2004. *Droit public de la régulation économique,* Presses Sc. Po., Dalloz. Sobre la regulación jurídica, ver Clam, J., Martin, G., 1998. *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ. Ver

Por lo tanto no hay que asombrarse por las querellas semánticas –que con frecuencia son portadoras de querellas ideológicas– que han acompañado el surgimiento repentino y el desarrollo fulgurante del concepto de regulación en los Estados de la Unión Europea y aún más allá.

Si se debiera buscar un paralelo en materia de moda semántica, de terminología trillada y usada hasta el límite, me vería tentado a proponer el concepto de "gobernabilidad", que ha conocido la misma fortuna en el ámbito de la acción gubernamental y de las políticas públicas. ¿Y, además, la "gobernabilidad", que debería, se dice, reconciliar a los sujetos y al poder, no es una forma de regulación en su campo, que es ciertamente más amplio? Sin forzar demasiado la comparación, ¿No podría decirse que la "gobernabilidad" es, en cuanto al manejo de los hombres, aquello que la regulación es, en cuanto a la conducción de las actividades económicas y en particular de las actividades de servicio, en lo que se refiere al logro óptimo de los objetivos que persigue necesariamente toda actividad humana –o, como lo dirían los institucionalistas, toda institución humana–, a saber, (como mínimo) mantener la cohesión, el orden y la seguridad del grupo, o en el mejor de los casos, de fortalecer y consolidar el deseo de vivir en comunidad, de la convivencia social (para retomar la expresión del mundo hispánico)?

Nos quedaremos, entonces, en el mundo del derecho, y más precisamente del derecho que nos es más familiar, aquel de los Estados, tal y como se han creado, fortificado y expandido a lo largo de los últimos siglos de nuestra tormentosa historia.

Esto no significa que la noción de "regulación" esté reservada solo al campo de observación que hemos escogido y que se recuerda en el título mismo del estudio que se nos ha confiado, a saber, el de los Estados de la Unión Europea. Pero no se trata de realizar un tour de las acepciones (teóricas o reconocidas oficialmente) del término "regulación" en todos los sistemas jurídicos del planeta. Es esto lo que explica el carácter incompleto y fragmentario de esta

también sobre la historia del concepto, el estudio documentado de Jobart, J.Ch., 2004. "Essai de définition du concept de régulation: de l´histoire des sciences aux usages du droit", *Droit prospectif*, 2004-1, p.33 y s.

presentación, que no pretende cerrar el debate, sino más bien abrirlo, o en todo caso describir los elementos pertinentes del mismo.

Otra observación preliminar, que tratándose de fines comparativos, no carece de interés, es el parentesco del vocabulario que se utiliza para esta noción en los diferentes derechos que rigen nuestros Estados:

- en francés: *régulation*
- en inglés: *regulation*
- en italiano: *regolazione*
- en español: regulación
- en portugués: *regulaçao*
- en alemán: *regulierung*
- en danés: *regulering*….y así podríamos multiplicar los ejemplos.

De este notable –y excepcional– parentesco lingüístico, podríamos obtener enseñanzas optimistas: que la unificación europea, al menos en este terreno, va por un camino excelente y que, sin saberlo demasiado, los Estados miembros de la Unión Europea ya se estaban encaminando hacia una misma dirección en cuanto a la gestión de sus actividades económicas o de sus actividades de servicio de interés general.

Podríamos también, con una mirada sin duda más pesimista (pero quizás también más realista), no ver en este parentesco de vocabulario sino un efecto óptico que disimularía de mala manera la indigencia del pensamiento y la vacuidad del contenido conceptual. No sería la primera vez que las palabras se emplean como una fachada, sin por ello crear una ilusión sobre las realidades que la visten o que la disfrazan.

Antes de realizar un examen de la palabra "regulación", es útil excluir las acepciones de este término que exceden de forma amplia nuestro campo de referencia privilegiado, el campo jurídico.

Hemos de recordar primero que en el mundo científico y de la tecnología, el término regulación ya había encontrado un espacio: la cibernética lo utiliza con frecuencia y le da el sentido del conjunto de mecanismos que permiten la permanencia de una función: un mecanismo regulador es por lo tanto un

mecanismo de pilotaje gracias al cual puede cuidarse y mantenerse un objetivo funcional; este mecanismo muestra el rumbo y corrige los eventuales desajustes. Sin duda es una concepción mínima, algo inmóvil, pero que introduce al menos una connotación de elasticidad y flexibilidad, que, ciertamente, sienta bien a la idea misma de regulación –y que señala de otra parte una constatación que no desautorizaría ciertas corrientes de la sociología contemporánea cercanas a Edgar Morin: esta constatación afirma que la regulación sólo concierne a los sistemas complejos cuyas múltiples piezas no se acomodan siempre de forma espontánea. En el término regulación, hay en primer lugar el sentido de una intervención correctora. El elogio de la complejidad llama sin falta al elogio de la regulación como proceso de restablecimiento de un orden benéfico y funcionalmente justificado.

Digamos que el término "regulación" se engalana inmediatamente de cierta legitimidad, al evocar el restablecimiento de un orden perturbado o susceptible de estarlo, mientras que su antónimo "desregulación" evoca más bien el desorden, la anarquía, la inestabilidad y otras imágenes perturbadoras.

Otra acepción de regulación, igualmente anterior a la acepción jurídica que nos ocupa hoy en día, fue elaborada por el análisis económico. Varios informes del presente libro aluden a ella. En este contexto la regulación constituye el conjunto de técnicas que permiten instaurar y mantener un equilibrio económico óptimo que no podría obtener por sí mismo un mercado abandonado a sus propias reglas.

En este caso, la regulación se inscribe claramente en el marco de una política de competencia económica, que la regulación misma tiene el propósito de instaurar y, al menos, de preservar, de conformidad con la concepción sacrosanta del mercado en la economía liberal. En una aproximación como ésta, se trata en primer lugar de abrir el mercado a la competencia, que estaba restringido antes a los monopolios públicos (o semi públicos) y, después, de asegurar su fluidez (lucha contra la reconstitución de monopolios –o contra los abusos de posición dominante).

Es así que la regulación económica procura, mediante diversos procedimientos apropiados, mantener un marco en el que las fuerzas vivas del mercado puedan florecer.

En este caso, entonces, se privilegia más bien la idea de vigilancia, de supervisión, de sanción frente a los comportamientos aberrantes o abusivos, susceptibles de falsear el libre desarrollo de las actividades económicas.

El organismo regulador, pues hace falta uno, se presenta como una especie de gendarme y garante del mercado –éste visto como marco idealizado de la actividad económica óptima–, que responde de la mejor manera posible a las exigencias de nuestras sociedades.

El término "regulación" también se infiltró –y, en cierta medida, se impuso– en el campo de la sociología, en el que tiene un significado más liberal, más comprehensivo. En las ciencias humanas hay una gran cantidad de imágenes que evidencian el paralelismo que se hace entre el cuerpo social y el cuerpo físico, y sobre los mecanismos funcionales que le permiten al cuerpo social preservar lo esencial: su supervivencia y su desarrollo natural (mecanismos de autorregulación para los ajustes mínimos, formulación de reglas por parte de las autoridades apropiadas y supervisión de su correcta aplicación, solución de los conflictos por medio de procedimientos *ad hoc*, etc.).

En resumidas cuentas, la regulación jurídica está en buena compañía –lo cual no le impide reivindicar cierta autonomía–.

Es esta autonomía la que quisiéramos hacer notar- sin afectar las exposiciones sectoriales o transversales que seguirán más adelante.

Esta autonomía se evidencia, al parecer, bajo los dos ángulos de análisis a los que se presta la noción jurídica de regulación en nuestros respectivos estados: el campo de la regulación y la interacción de los actores que ella implica, alienta o suscita.

I. El campo de la regulación

En el término "regulación" hay (lo señalan numerosos informes) "regla" (del latín *regula)*, y quien dice "regla" nos lleva necesariamente, de una forma u otra, al Estado. Este será por lo tanto el campo privilegiado de observación.

Pero la observación puede desplazarse y escoger nuevos campos, menos sistemática o profundamente examinados: el espacio europeo (o más internacional) y el espacio infra estatal.

A. Un campo privilegiado de la regulación: el Estado

Si inscribimos la regulación en el mundo del derecho, si le damos a este término un significado y un alcance jurídico, hay ciertamente que pasar por el Estado, que sigue siendo hasta nueva orden el capitán de abordo, es decir, aquel que está en capacidad de decir, en el espacio que es suyo, aquello que es del dominio del derecho, de la categoría "derecho", y aquello que no.[2]

El Estado, como espacio privilegiado de observación, no sabría estar ausente del análisis de la regulación y de los usos que de ésta hacen la doctrina o el derecho positivo. Por el contrario, el Estado está siempre omnipresente.

Que la regulación, sus actores, sus instrumentos y sus técnicas se inscriban en un marco jurídico que corresponde al del Estado, no debería sorprender *a priori.* Es incluso una banalidad que tengamos el escrúpulo de evocarlo, pero no lo hacemos sino para disipar una ambigüedad propia del tema que nos ocupa aquí.

En primer lugar recordemos, sin insistir demasiado en ello, que el Estado, en su proceso de construcción histórica en Europa occidental, se presenta como la personificación misma del orden jurídico, en el sentido en que el domina y enmarca el proceso de producción y de creación del derecho, cuando no es él mismo quien lo produce. No hay necesidad de ser kélseniano impenitente para admitir que, sin el aval del Estado, sin su aprobación última, ninguna regla (cualquiera que sea la fuente) puede ser aplicada como regla de derecho. Ya sea que él mismo produzca o habilite esta regla, que la legitime, que dé a tal o cual actor social competencias jurídicas oficiales o que se contente con tolerar una regla de la cual él no ha previsto ni provocado su elaboración, en cualquier caso, solamente le corresponde al Estado cerrar el espacio jurídico o, si él lo desea, desplazar sus fronteras. No sería posible atenerse a una definición no jurídica (de orden sociológico o sicológico por ejemplo) del Estado: es necesario presuponer un concepto jurídico.

[2] Sobre todos estos puntos, ver la sugestiva obra de Béchillon, D., 1997, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?,* ed. O. Jacob, París.

En la regulación, considerada como fenómeno jurídico, como surgimiento de un nuevo derecho o como modificación de uno existente, el Estado ocupa sin lugar a dudas un lugar de privilegio: el primero.

Incluso ciertas teorías hacen de la regulación un nuevo atributo, una nueva calificación del Estado: después del Estado-gendarme y del Estado-providencia, el Estado contemporáneo se presentaría como el Estado regulador.[3] La regulación constituiría así una función mayor del Estado moderno, función valorizada y valorizante pues está vigente hoy en día, mientras que la visión anterior de un Estado intervencionista y gestor se vería irremediablemente relegada como obsoleta.

¿Quiere decir esto sin embargo que el Estado "regulador" produce o valida menos reglas que el Estado intervencionista? ¿Y que se limita a fijar un marco general de las orientaciones de conjunto sin entrar en el detalle de las "reglamentaciones" anteriores, denunciadas como ineficaces, si no paralizantes? Las cosas quizás no son tan simples y algunos entre nosotros, se preguntan (Françis Delpérée, por ejemplo) sobre la realidad del fenómeno "regulación" y su adecuación respecto a la imagen que al Estado le gusta dar de sí mismo.

Es cierto que al examinar detenidamente los textos consagrados a la "regulación" de un ámbito, no se evidencian diferencias significativas respecto a los viejos textos que abordaban la "reglamentación" de ese mismo ámbito. Además, esta confusión existe incluso en los términos, como lo observa Stéphane Rodrigues, quien cita el ejemplo de la ley francesa de 1996, relativa a la "reglamentación" de las telecomunicaciones que instituye un mecanismo tipo de "regulación".[4]

Daremos entonces por hecho que la regulación, edictada, controlada o bajo los auspicios del Estado, no es ni cuantitativa ni cualitativamente contraria a la reglamentación.

---

[3] Sobre este tema ver en particular La Spina, A., Majone, G., 2000. *Le Stato regolatore*. Bolonia, Il Mulino.

[4] Sin contar con la desafortunada redacción de las directivas comunitarias sobre las telecomunicaciones que evocan las "autoridades reglamentarias nacionales", cuando se trata sin embargo de autoridades de regulación (*ibid.)*.

¿Hay un "derecho de la regulación" autónomo, armado de pies a cabeza, que disponga de conceptos y categorías jurídicas propias, que maneje un sector delimitado, el sector "regulado"? Algunos dicen que si, o lo sugieren (en particular en Francia) y se esfuerzan por sustentar sus afirmaciones o sugerencias con diversos argumentos de orden institucional o metodológico.

Esos argumentos no son verdaderamente convincentes. No sería difícil interpretar los mismos conceptos, los mismos métodos o las mismas instituciones sin modificar el marco clásico de análisis, simplemente llevando sobre ellos otra mirada y proponiendo una nueva lectura. Un derecho auténtico de la regulación, que expresara una visión realmente diferente de la regla de derecho en el sentido ordinario de la expresión y que tradujera una función nueva del Estado, irreductible a las funciones anteriores, es muy hipotético y los elogios halagadores que se le hacen no podrían llegar a demostrarse.

Seremos por el contrario más circunspectos en cuanto a la integración en el concepto de regulación comportamientos o actos que no pertenezcan al derecho *stricto senso.* Esta es sin embargo la posición de algunos autores de los informes (Martin Bullinger, por ejemplo), que evocan las influencias de hecho (la persuasión, las concesiones financieras, todas las maniobras que preparan o acompañan la expedición de una norma o de una decisión, ver su ejecución). Pero, si es así, la regulación saldría, de cierta manera, del dominio del derecho y escapa al jurista; se convierte en un campo de observación para el sociólogo o el sicólogo, para el politólogo o para el especialista de las ciencias administrativas. No se podría situar entonces la regulación con precisión en categorías jurídicas estrictamente determinadas y delimitadas.

Algunas dudas pueden surgir a propósito de la autorregulación o de la llamada regulación "espontánea". Según diversos autores,[5] la autorregulación no es solamente –ni siquiera, quizás, principalmente– un efecto lógico de la desregulación sabiamente orquestada: ella puede ser también el fruto paradójico

[5] Esteve Pardo, 2002, *Autorregulación, génesis y efectos.* Pamplona, Aranzadi.

de un exceso de regulación, vinculado con la extrema complejidad de la materia regulada y el peso creciente de los aspectos técnicos.[6]

La regulación espontánea, totalmente descentralizada, no es sin duda, en nuestros Estados, sino una modalidad accesoria de la regulación *lato sensu*. Esta noción supone en resumidas cuentas (ver los trabajos de Ronald Coase) en primer lugar una definición exacta de los derechos de propiedad, la ausencia de costos susceptibles de afectar la asignación de los derechos y su implementación efectiva (*adjudication* y *enforcement*, en el vocabulario anglosajón), todas éstas condiciones que no se logran necesariamente por adelantado.

¿Esto es suficiente para excluir la autorregulación del campo del derecho y de las preocupaciones del Estado? No parece que sea así.

¿La autorregulación es en verdad totalmente espontánea? Es posible dudarlo. En la base del fenómeno, siempre hay reglas a interiorizar y esas reglas, incluso si no emanan del Estado, deben al menos ser aceptadas por éste y no chocar con su hostilidad declarada. Los costos de los subsidios o de la materialización de los derechos concedidos rara vez son nulos, incluso si son en gran medida inmateriales. Y la información tecnológica o tecno científica, sin la cual no habría autorregulación espontánea, está enmarcada, normativizada y supervisada por entidades exteriores al mercado y bajo el control del Estado y de su derecho (reglas contables o financieras, reglas penales, derecho comercial, derecho de la normalización, derecho de la propiedad intelectual, etc.) (*sunshine regulation)*.

La autorregulación no se puede escapar por lo tanto del Estado, en definitiva, incluso si ésta no implica una intervención activa y directa de éste último.

B. Los campos anexos de la regulación: los espacios supra e infra nacionales

Además del Estado, que es el marco esencial de todo análisis de la regulación, ésta puede inscribirse también en un marco supranacional o infranacional.

[6] Sunstein C.R., 1990. "Paradoxes of the regulatory State", *Univesrity of Chicago Law Review,* no. 57.

1. El espacio supranacional

El marco supranacional, como es de esperar, es el marco europeo, y más precisamente el de la Unión Europea. El informe de Stéphane Rodrigues nos enseña que el derecho comunitario se sensibilizó muy rápido sobre el tema de la regulación (aparentemente bajo la influencia anglosajona) y que el vocablo mismo se adaptó sin grandes dificultades en la directivas que tuvieron como propósito organizar la apertura a la competencia de los sectores anteriormente regidos por monopolios públicos (a pesar de ciertas confusiones de vocabulario) – y en especial, en los sectores claves en los que el poder público debió aprender a coexistir con los operadores privados (energía, transportes, telecomunicaciones, etc.).

La función primordial de las autoridades de regulación (¿hay que recordarlo?) era, a los ojos de las instancias comunitarias, asegurar la no discriminación entre operadores públicos y privados, por una parte –y la competencia entre los operadores privados, por otra– y la de velar así por el buen funcionamiento del mercado cuando éste se abriera completamente a la competencia.

Es así que, los servicios de interés económico general (los famosos SIEG) se vieron situados en el corazón del dispositivo comunitario que preconizaba la regulación, tanto así que figuran desde entonces en el rango de los valores comunes de la Unión y se enfatiza su rol motor en la promoción de la cohesión social y territorial de la Unión (art. 16 CE).

Sabemos también que la idea de regulación está al origen mismo del desarrollo de las "nuevas agencias europeas de regulación" (ver *Communication de la Commission* del 11 de diciembre de 2007)[7] y que es posible concebir una verdadera "regulación europea de las redes", para volver al título de un informe reciente de Christian Soffaes.[8] Es el caso de la Autoridad Europea para la Seguridad de los Alimentos y de la Agencia Europea para la Seguridad Marítima, por mencionar solamente un par de ejemplos.

[7] Com (2002) 718 final Rojanski V., 2002, "L'Union européenne et les services d'intérêt général", *Revue du droit de l'Union européeenne,* no.4, p. 735 y s.

[8] Stoffaës Ch., 2003, informe precitado, ISUPE, París.

Además de esta función específica y relativamente nueva, las instancias europeas se esfuerzan lógicamente, a través de diversos medios, por favorecer las convergencias nacionales en materia de regulación en ciertos sectores que se consideran sensibles –particularmente el de la energía y el de los transportes–. El propósito de ello es, está claro, asegurar un mejor funcionamiento del mercado y racionalizar la competencia en el espacio comunitario con el fin de hacer efectivo el derecho de los habitantes de la Unión al "servicio universal", cuando éste se reconoce en esos sectores.

Se puede ver entonces una especie de "co-regulación" europea y nacional cuyos efectos benéficos a mediano plazo podrían ser decisivos a la hora de la apertura de la Unión.

2. El espacio infra nacional

El marco infra nacional de la regulación (por ejemplo el Estado federado, la región) tampoco debe dejarse de lado – incluso si esta forma de regulación se inserta con naturalidad en el campo estatal (y, más allá, en el campo comunitario) y si debe naturalmente respetar las reglas ya establecidas en los niveles superiores.

Algunos informes hacen alusión a tal situación (por ejemplo el informe belga, el español y el italiano). En ellos se puede encontrar el tema de los estados compuestos o complejos (Estados federales o regionales).

Ciertamente no es imposible imaginar niveles de regulación, que desciendan si es el caso hasta las entidades descentralizadas –pero habría que, sobra decirlo, velar por un funcionamiento armonioso del conjunto, a nivel del Estado– lo que implica ya sea jerarquías de reglas cuidadosamente establecidas, o reparticiones geográficas concebidas de forma racional.

Pero el campo de la regulación no es sino un espacio en el que diferentes actores deben desempeñar un rol relativamente nuevo. Se trata entonces de la escenificación de la regulación, que está vinculada con el objetivo que persigue quien dirige el proceso, es decir las autoridades encargadas del buen funcionamiento de "los servicios públicos", de los "servicios de interés general" (según el vocabulario en uso en cada uno de los Estados) y de la integración regional a escala europea.

No insistiremos más sobre esos objetivos: son conocidos por todos y ya se han explicitado en otras ocasiones. Diremos por el contrario algunas palabras sobre las reglas de esa puesta en escena llamada "regulación", tal y como se puede leer de los informes nacionales (o de los estudios que ya se han dedicado a ese tema en la literatura jurídica de los diferentes Estados aquí representados).

II. La escenificación de la regulación

Deberíamos decir sin duda "las" escenificaciones de la regulación, pues los roles no siempre se asignan de forma clara, no son necesariamente rígidos y los diferentes actores se sitúan en relación con los otros en función de vínculos móviles, de estrategias diferenciadas, de tácticas de adaptación o de rodeo. La flexibilidad y la adaptabilidad son cualidades sin duda apreciadas, pero también implican riesgos. Le corresponde al Estado, director del teatro y supervisor privilegiado, obrar para que el conjunto funcione de la mejor manera.

¿Qué actores que están presentes? ¿Cuáles son las reglas principales que intervienen? Sobre estos dos puntos la doctrina y el derecho positivo han establecido ciertos usos o, en todo caso ciertas proposiciones, e iniciado ciertas experiencias. Los informes sectoriales o transversales detallarán el análisis: aquí nos limitaremos a presentar las grandes líneas.

A. Los actores presentes

En la regulación, como en toda escena de la vida social, hay roles primarios y secundarios; está el que aparece adelante en la escena, con iluminación fuerte, y están los actores secundarios, que a veces sirven para desbloquear situaciones complicadas y para asegurar el buen funcionamiento de una intriga que debe retener hasta último momento la atención del espectador.

Claro está que en la relativamente reciente escenificación de la regulación, la distribución de los papeles aún es imperfecta y el rol que debe desempeñar cada actor a veces es incierto. Algunas confusiones subsisten, lo que puede falsear el análisis o influir sobre sus resultados.

Pero, una vez más, la regulación no es inmóvil, sino que avanza y retrocede, se adapta y tantea sucesivamente; la regulación recurre a la vez a la

imaginación y a la prudencia, en el interés mismo de los destinatarios finales que no son otros diferentes de los usuarios de los servicios de "utilidad general", sea cual sea su nombre oficial.

Los principales personajes se reparten roles que tienen contornos todavía bastante indeterminados: el Estado, el regulador, los operadores.[9]

1. El Estado

Hemos visto que no solamente el marco estatal constituye el espacio de base para cualquier operador de la regulación, sino que el Estado mismo se ve obligado a intervenir y a veces a acumular diferentes roles.

a) El Estado interviene en primer lugar a título de la política general que, en el contexto de un Estado de derecho, democrático y social (que es la condición misma de entrada y permanencia en la Unión Europea), es dictada por múltiples consideraciones que en últimas atañen a un solo concepto (independientemente de las interminables controversias que éste suscite), que es el de la "soberanía", es decir su facultad de crear derecho de forma originaria, sin tener necesidad de referirse a otras normas jurídicas exteriores – y su facultad (complementaria) de jerarquizar las normas del derecho, de constituir un orden u ordenamiento jurídico singular, en fin, de usar su poder pleno, exclusivo e incondicional, para hacerse reconocer como tal tanto en el plano interno como en el ámbito internacional.

   Es de esperar que en materia de regulación el Estado tenga algo que decir. La regulación de las actividades que se reconocen como de interés general, en las que intervienen diferentes categorías de operadores públicos y privados, debe necesariamente tener en cuenta otras preocupaciones del Estado – integrar otros objetivos distintos a la satisfacción de las necesidades colectivas a las que esas actividades deben responder.

   Es así que las preocupaciones por el medio ambiente, por la protección social, por la defensa de los consumidores han hecho su aparición en las políticas

[9] Sobre estos últimos a fin de cuentas no hay mucho que decir salvo recordar que pueden ser tanto públicos como privados.

de regulación, a pesar de que no obedezcan únicamente a imperativos puramente económicos o de gestión. Varios informes nacionales señalan la presencia de estas preocupaciones y el peso cada vez mayor que tienen en la estructuración de los sectores regulados.

En este sentido, la "regulación" no debe confundirse con la "reglamentación", a pesar del parentesco entre los términos. La reglamentación (*lato sensu:* puede englobar tanto la ley como las reglamentaciones en los diferentes niveles de la jerarquía de las autoridades estatales) es en primer lugar privilegio del Estado. Si se confiere cierto poder de reglamentación a los reguladores, se debe hacer en un marco de respeto por las reglas constitucionales – mediante delegación del titular del poder reglamentario o, al menos, sin obstaculizar el ejercicio de este poder por parte de la autoridad legítima designada por la Constitución.[10]

En el mismo orden de ideas, la regulación no puede asimilarse a una "programación" o a una "planificación". La regulación responde a otros objetivos y utiliza otros medios (jurídicos o materiales); y tampoco impone *a priori* la realización de algunos objetivos determinados y cuantificados, sino que procura ordenar las relaciones entre los diferentes actores económicos de manera que cada cual pueda intervenir *ex officio* en las mejores condiciones posibles para realizar la misión de interés general que le fue conferida.

b) El Estado puede intervenir también como operador público en el "mercado" de las actividades de interés general. *A priori* nada se lo prohíbe, ya que la regulación se inscribe históricamente en el contexto del paso del monopolio público (o del cuasi monopolio público) a una situación de competencia "regulada" y vigilada.

Esta situación del Estado, operador público –y al mismo tiempo encargado de una misión de reglamentación general, en el contexto de sus políticas públicas– no está evidentemente desprovista de ambigüedad. Le corresponde entonces al Estado mismo procurar que haya un ejercicio separado de las

[10] Es cierto que ciertas presentaciones de la doctrina (G. Ariño en España) integran la reglamentación en un concepto amplio de regulación, sinónimo de intervención económica del Estado; pero esta posición parece minoritaria.

diferentes funciones que se atribuyó –sin olvidar la función de control de los operadores económicos, que está en capacidad realizar, dado el caso, gracias a su aparato de justicia o a otras técnicas de las que él mismo se reserva el manejo.

2. El regulador

El regulador es otro actor importante, pues a él le corresponde arbitrar (en el sentido fuerte del término). Puede incluso decirse que él es el eje del sistema.

En las teorías de la regulación – o en las mismas políticas de regulación- el acento se marca sobre algunos rasgos distintivos que debería presentar la institución reguladora: su independencia y su poder discrecional.

a. La independencia del regulador

La independencia del regulador es inherente a la institución, particularmente en el contexto de la liberalización de la economía y de la privatización de las empresas públicas monopólicas. La regulación ya estaba presente en el estatuto de las *independent agencies* de Estados Unidos (*Interstate Commerce Commission,*[11] *Federal Trade Commission, Security Exchange Commission,* etc.)[12] que se multiplicaron desde el siglo pasado – o también de los célebres *Quongos* británicos (*quasautonomous non governmental organizations*).

La independencia del regulador también se observa en numerosos países europeos a través de las autoridades administrativas independientes encargadas de la vigilancia y regulación de diversos sectores.

Por supuesto hay preguntas recurrentes que deben responderse.

En primer lugar, ¿independencia respecto a quién?

Respecto al Estado en primer lugar y sin ninguna duda: para ello debe verificarse quienes son las autoridades, y la forma en que éstas se nombran,

[11] Esta agencia, que fue una de las primeras en funcionar, fue suprimida y remplazada por una administración de perfil más clásico.

[12] Ver en lengua francesa, Custos, D., 1999. *La Commission fédérale américaine des communications à l'heure de la régulation des autorités de l´information*. París, L´Harmattan.

así como el estatus del regulador, la duración y la eventual renovación de su mandato, los medios financieros y presupuestales de los que dispone, etc.

Pero también, es algo bien conocido, la independencia se predica respecto a los operadores privados. La teoría de la "captura" del regulador por parte de los operadores ha hecho carrera desde hace mucho tiempo en los países anglosajones.[13] Esta teoría fue admitida posteriormente, por las mismas razones, en todos los Estados europeos concernidos.

Para asegurar esta independencia, los poderes que se le otorgan a los reguladores deberán adaptarse: el poder de expedir normas técnicas (bajo la forma de reglamentaciones delegadas), el poder de tomar decisiones individuales (bajo la forma de autorizaciones, licencias u otras) e inclusive el poder de control, y eventualmente de sanción en caso de infracción a la reglamentación general o a las normas especializadas.[14]

Todo esto es bien conocido. Agreguemos sin embargo que la independencia debe acompañarse de la imparcialidad subjetiva u objetiva del regulador. Esta imparcialidad puede garantizarse mediante diferentes tipos de procedimientos a seguir para acceder al sector o respecto de las sanciones disciplinarias susceptibles de pronunciarse en contra de los operadores.

b. El ejercicio de un poder discrecional

En contrapartida, se considera por lo general que el ejercicio de un poder discrecional es un rasgo característico de la función del regulador. Éste debe poder actuar en función de diversas consideraciones –a veces contradictorias–, y

[13] Stigler, J., 1971. "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economic and Management Science*, no. 2, p. 3-21; Posner R., 1974, "Theories of economic regulations", *Bell Journal of Economic Management Science,* no. 5, p. 335.

[14] En francés ver Collet, M., 2003. *Le contrôle juridictionnel des autorités adminitratives indépendantes*, LGDJ; Gros, J.M, 1995*. La doctrine française et les autorités administratives indépendantes,* Tesis Universidad de Montpellier I; Icard, P., 1992. *Les autorités administratives indépendantes*, Tesis Universidad de Dijon; Koulouris, N., 1992. *Les autorités admisnitratives indépendantes et les* inependant regulatory agencies. *Étude comparée sur leur insértion et leur nature juridique,* Tesis Universidad de París II; Lefebvre, J., 1997. *Le pouvoir de sanction des autorités admisnitratives indépendantes;* Tesis Universidad de Amiens; Oderzo, J.C., 2000. *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution,* Tesis, Universidad de Aix-Marseille III; Stasiak F., 1995. *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne,* Tesis Universidad de Nancy II, etc.

tener la capacidad de matizar sus apreciaciones y de ponderar sus criterios de acción. Los instrumentos que tiene a su disposición no son necesariamente instrumentos coercitivos pesados, de difícil manejo, sino métodos que se asimilan a la *soft law*: recomendaciones, invitaciones, circulares, amonestaciones, directivas, etc.

Si por ello la seguridad jurídica sufre y el control jurídico se debilita en algo, la eficacia de esta forma de acción no parece controvertirse en los diferentes Estados que son el objeto de los informes nacionales.

Dentro de la lista de actores susceptibles de participar en la regulación, los usuarios, a pesar de ser los beneficiarios de la regulación (aquí se trata de la regulación de los "servicios públicos" o de las "actividades económicas de interés general"), están inequitativamente presentes o representados: no están muy presentes en el modelo francés (y de forma relativamente poco organizada, al interior de organismos consultativos de competencia limitada) – pero son mucho más activos en los modelos de tipo anglosajón (ver por ejemplo la influencia de los *Consumer Councils* en Gran Bretaña, en su condición de órganos de vigilancia de los reguladores o de mediadores en la resolución de litigios entre operadores y usuarios consumidores). No es raro que "códigos" de usuarios registren las obligaciones recíprocas de los operadores y consumidores.

B. Las reglas del juego

La regulación es sutil, puede adecuarse en un mismo país y según los mismos principios para sectores diferentes, pero dar resultados opuestos. La regulación puede tener éxito en un país pero fracasar en otro, sin que se puedan aducir elementos objetivos específicos para justificar una disparidad como esa.

Por lo tanto nos atendremos a las grandes líneas de los sistemas de regulación, tal y como se ven representados en los informes nacionales o en los análisis de la doctrina jurídica.

No es extraño que en este terreno se separen diferentes técnicas de regulación (ver por ejemplo, en este sentido, la obra de B. du Marais anteriormente citada).

1. La "autorregulación"

Ya evocada a propósito del análisis del campo de la regulación, la "autorregulación" no nos detendrá mucho tiempo. Este concepto interesa sobretodo al interior de los sectores avanzados tecnológicamente, como los de la información y la comunicación – y descansa sobre la concepción de normas integradas al funcionamiento de los equipos y, susceptibles, en cierta forma, de ser "autoejecutables".[15]

La autorregulación supone por lo tanto condiciones que rara vez se cumplen y que no resuelven de forma clara los problemas de control; al parecer, no atañe sino a un número de usuarios relativamente limitado.

2. La "regulación realizada por el mercado"

La "regulación realizada por el mercado" se prevé en algunas ocasiones– e incluso se estimula: así lo hace por ejemplo la OCDE.[16]

Es posible por ejemplo hallar esta forma de regulación en el programa *Voluntary Regulation* implementado por el gobierno de Blair en Gran Bretaña a partir de 1997.

Desde este punto de vista, le corresponde a los operadores del mercado elaborar las reglas a las que aceptan someterse bajo la forma de "códigos" de buena conducta o de buenas prácticas.

El interés de una forma tal de regulación es bien conocido: mejor adecuación de las reglas a la situación precisa de los operadores – mejor conocimiento de esas reglas y aplicación más fácil de las mismas (lo que hace que las sanciones se tornen inútiles), seguimiento garantizado de los progresos tecnológicos y otros, pues es el conocimiento de los operadores es el más relevante.

Por lo general se cita la experiencia del *Take Over Panel* como un buen ejemplo de la regulación voluntaria.[17]

---

[15] Du Marais B., 2004. *Droit public de la régulation économique*, éd. Presses FNSP-Dalloz.p. 485.

[16] OCDE, 1997. *La réforme de la réglamentation,* París.

[17] Dumez H., Jeunemaître A., 1998. "Quel modèle de régulation dans les services publics?", en: Chevallier, J.M., Ekeland I., Frison-Roche M.A., *L´idée de service public est-elle soutenable?* París, PUF.

Sin embargo, los inconvenientes y las debilidades del sistema son conocidos: confianza excesiva en los operadores (siempre tentados por el hecho de que el sector esté cerrado y con incentivos para retardar o bloquear, la entrada de nuevos actores, ya sea elevando el nivel de las reglas o multiplicando los obstáculos procedimentales), dificultades de control y ambigüedad de la situación de los operadores, a la vez jueces y partes, riesgos de parálisis o de desviación del sistema a favor de algunos privilegiados (ejemplo del *Talk Over Panel* en Gran Bretaña, remplazado en el 2000 por una autoridad independiente, la *Financial Service Authority*, etc.).

3. La "regulación realizada por una autoridad exterior al mercado"

Esta práctica es más corriente y aparentemente es la que tiene mejor aceptación.

Puede tomar dos formas.

La primera es la de una administración muy centralizada que se esfuerza por mantener su influencia sobre las actividades económicas de interés colectivo. Le corresponde entonces a un órgano de "tutela" dependiente del ministerio, tomar las medidas de regulación, y hacerlas ejecutar utilizando los medios jurídicos apropiados (poder reglamentario, poder de decisión individual, etc.) y los controles (jurisdiccionales o administrativos) adecuados.

Esta modalidad pertenece más bien al esquema clásico de la "reglamentación" –y no de la "regulación" propiamente dicha– por lo que presenta los inconvenientes ya señalados y, como cada vez pierde más terreno, no amerita observaciones adicionales.

La segunda forma instaura un regulador independiente (personalizado –lo que ocurrió en Gran Bretaña con un número de empresas públicas privatizadas– o, con más frecuencia, institucional).

Las ventajas y los inconvenientes son bien conocidas. También se sabe que se plantean ciertas preguntas respecto al funcionamiento del sistema, a la independencia real o supuesta de las autoridades administrativas que se presuponen independientes y a sus relaciones con los poderes públicos o los medios profesionales interesados.

Solamente diremos aquí una palabra sobre la "co-regulación", que se concibe ya sea a nivel nacional (dos organismos que poseen la calidad de

reguladores regulan un mismo sector; la coexistencia más frecuente parece ser la del organismo con competencia general –encargado del control de la competencia– con un organismo con competencias especiales, encargado de un sector determinado). También a nivel europeo (ver *supra*).

Conviene en cualquier caso repartir racionalmente las competencias y solucionar los eventuales conflictos entre los reguladores – o prevenirlos. Lo cual no siempre es fácil…

Un escenario, actores, papeles relativamente diversificados: este contexto de la regulación y de los usos que de ella se hacen por el derecho positivo y la doctrina en los Estados de la Unión Europea, no tiene otra ambición que sugerir algunos puntos de reflexión a fin de esclarecer los términos del debate. Con esto no se pretende realizar juicios definitivos sobre la regulación como técnica jurídica. Pero estas reflexiones podrían ayudar a comprender que el problema no se soluciona solamente en términos jurídicos.[18] Las respuestas de los Estados a este fenómeno son sin duda menos tributarias de su arsenal de reglas o de prácticas jurídicas que de su cultura histórica y sociológica.

[18] Porres Nadales, A.J., 2002. "El derecho regulativo", *Revista de Estudios Políticos,* Madrid, no. 117, p. 49 y s.

Regulación, necesidades colectivas y competencia

Domenico Sorace*

La regulación, las necesidades colectivas y la competencia son los tres elementos esenciales, que se quiera o no, deben caracterizar en adelante, el enfoque de ciertos países europeos[1] frente a problemas que fueron abordados como lo que llamaremos "servicio público a la francesa".

El nuevo modelo,[2] que se desprende del derecho europeo analizado por Stéphane Rodrigues, se conoce bien en sus lineamientos generales. A modo de introducción son suficientes algunas anotaciones descriptivas sobre sus aspectos esenciales. Dos nociones ameritan una atención muy particular: la competencia y las misiones de interés general. Pero el concepto clave es la "regulación", en sus diferentes acepciones, en consecuencia, para poder sacar conclusiones al respecto, ésta deberá circunscribirse a la idea de servicio público en los informes de los diferentes países.

Esta contribución se dedicará por lo tanto a esos temas, al lado de un paréntesis lingüístico.

I. El modelo europeo

La necesidad jurídica de acudir a un modelo diferente de intervención pública para asegurar la satisfacción de las necesidades colectivas ligadas a ciertas actividades económicas, viene de algunas disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea (los artículos 16 y 86), así como de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 36) (que corresponden aproximadamente a aquellos del antiguo proyecto de Constitución europea: II-36, III-6 y III-55).

---

* Profesor Universidad de Florencia.

[1] Una idea que no tiene paralelo con "la idea de regulación adecuada al orden jurídico y a la realidad brasileña", nos explica Eros Roberto Grau. A su vez, Julio Rodolfo Comadira nos explica la experiencia argentina.

[2] Del que a decir verdad hallamos sus raíces en conceptos lejanos de la *common law*, como por ejemplo el *common carrier.*

Se puede hacer una descripción general de estos modelos utilizando las mismas palabras de las disposiciones citadas.

En primer lugar se puede recordar que es posible que ciertas empresas se encarguen de la gestión de actividades económicas con características de "servicios de interés económico general", es decir, de servicios que juegan un rol "en la promoción de la cohesión social y territorial de la Unión".

Esta situación es bien vista, pues los servicios de interés económico general ocupan un lugar particular "dentro de los valores comunes de la Unión".

Además, la importancia de esos servicios es tal, que la Comunidad y sus Estados miembros tienen el deber de velar para que "funcionen sobre la base de principios y con condiciones que permitan cumplimiento de sus misiones".

Sin embargo, normalmente todo esto no implica ninguna derogación a la sumisión de esas actividades "en particular a las reglas de la competencia", y, más en general, a todas las reglas del Tratado que se refieren a actividades económicas, tales como la prohibición de tratamientos discriminatorios o las ayudas públicas no justificadas.

Pero este principio tiene excepciones, pues la actividades que nos interesan escapan a las reglas de la competencia, si la aplicación de éstas evita "el logro del objetivo de hecho o de derecho de la misión particular que […] fue impartida" a las empresas que ejercen esas actividades. En este caso son posibles "restricciones a la competencia, o una exclusión de toda competencia por parte de otros operadores económicos", como lo explicó claramente la Corte de Justicia Europea en el caso *Commune d´Almelo.*[3]

A partir de ese núcleo, las instituciones europeas y los Estados miembros de la Unión han desarrollado una reglamentación de los servicios de interés general que continúa avanzando día a día.

II. Un paréntesis lingüístico

Es necesario a continuación abrir un breve paréntesis lingüístico preliminar.

Acabamos de hablar de "servicios de interés general". Anteriormente utilicé la expresión "servicios públicos a la francesa" y en el tríptico de temas del

[3] 27 de abril de 1994, C-393/92R-I-1447.

título de este ensayo figura el término "regulación". Al parecer son necesarias algunas precisiones previas para evitar malentendidos sobre el sentido en el que esas palabras se emplean acá.

En cuanto a la expresión "servicio público", calificada "a la francesa", no queremos resaltar que, a pesar de que su traducción (transliteración) al inglés sea posible, ésta no tiene la fuerza de evocación que ha adquirido en francés, español o italiano, y que es prácticamente intraducible al alemán, como nos lo recuerda Martín Bullinger.

Lo que queremos más bien es subrayar que la idea de servicio público subyacente se relaciona, por un lado, con la tarea del Estado de organizar el suministro de ciertos servicios para satisfacer las necesidades de los ciudadanos.[4] Esta idea está casi necesariamente ligada –al menos en el ámbito de los servicios económicos–[5] a los monopolios públicos y a las empresas públicas,[6] así como a las nociones de concesión y de delegación del servicio público. Se trata de un modelo de intervención pública diferente al modelo comunitario anteriormente descrito, en el que no tiene ninguna importancia que el Estado tenga o no la responsabilidad de la gestión del servicio.

Por otro lado, la contribución de los juristas franceses a la construcción del concepto de servicio público va más allá del perfil organizacional. Ésta atañe también al régimen jurídico particular de la actividad: es necesario que las prestaciones de servicio a los ciudadanos respeten, ante todo, las "leyes de Rolland",[7] para que puedan definirse como "servicios públicos".

---

[4] Chapus, R., 1998. *Droit admisnitratif général*, t. I, Montchrestien, p. 535 (748): "una actividad constituye un servicio público cuando es asegurada o es asumida por una persona pública con fines de interés público".

[5] Es decir, según la jurisprudencia de la CJCE, aquellos que consisten en una actividad de comercialización, en un mercado acorde con los propósitos de la competencia (ver *Hoefner et Elser*, 23 de abril de 1991 C-41/90), en oposición a las actividades de "carácter exclusivamente social", tal y como se definen en los casos *Poucel et Pistre* (17 de febrero de 1991 C-159/91 y C-160/91) y *Pavel Pavlov* (12 de septiembre 2000, C-180-184/98).

[6] Richer, L., 2002. "La transposition en France de la directive 96/92 sur le marché de l´electricité", *Diritto Publico,* 1, p. 245.

[7] Nota del editor: Los principios de adaptabilidad, de continuidad y de igualdad del servicio público fueron enunciados por Louis Rolland, es por ello que se hace referencia a dichos principios como "las leyes de Rolland". Estos principios están íntimamente ligados a la esencia del servicio

Nos parece que estos dos aspectos forman la noción tradicional del llamado servicio público "a la francesa".

Pero la expresión comunitaria "servicio de interés general" indica también la capacidad objetiva de satisfacer ciertas necesidades colectivas,[8] es decir la cualidad de estar *affected with a public interest* (según la definición de la Corte Suprema estadounidense que menciona Dominique Custos). Tal capacidad se exige para que una actividad pueda considerarse como la misión particular de una empresa, con las mencionadas consecuencias sobre la posible derogación de las reglas de la competencia.

Desde este punto de vista, esta expresión puede volverse sinónimo de la locución "servicio público" sin otra cualificación,[9] la cual se verá también en la expresión "obligaciones de servicio público", utilizada con frecuencia por el derecho comunitario y por los sistemas jurídicos de los países miembros. Pero, en tal caso, la fórmula se utiliza con una acepción que, no solamente corta todo vínculo con la idea de una actividad de monopolio público, sino que también va más allá de la noción común de "servicio" (cuando nos referimos, por ejemplo, a la protección del medio ambiente).[10]

Dado que "la noción de regulación es usada con más y más frecuencia, sin que exista un acuerdo sobre su sentido y alcance jurídico" (no solamente en

público. El principio de adaptabilidad enuncia que el régimen jurídico de los servicios públicos debe adaptarse a la evolución de las necesidades colectivas y a las exigencias del interés general". El principio de continuidad exige el funcionamiento regular de los servicios sin interrupciones diferentes a las previstas por la reglamentación en vigor. Finalmente, el principio de igualdad implica la neutralidad del servicio público. Este principio impone que las "situaciones diferentes sean resueltas de manera diferente". Para profundizar en el tema ver: René Chapus, *Droit administratif général, Montchrestien*, 1998, p. 576 y ss.

[8] Aquí es indiferente a quien le corresponde reconocer esta capacidad (si a la Comunidad Europea o a los Estados miembros) o en que medida un control jurisdiccional es admisible al respecto.

[9] Esta, en efecto, cumple una función análoga a la que parece tener la locución "servicios públicos esenciales" en la Constitución italiana, allí donde ésta prevé (art. 43) que las empresas puedan ser limitadas desde el origen, o transferidas al Estado, solamente si conciernen los servicios de ese género, al igual que la locución "servicio público nacional" en el preámbulo de la Constitución francesa de 1946, en donde se dispone que "toda empresa, cuya explotación tiene o adquiere el carácter" de un tal servicio "debe volverse propiedad de la colectividad".

[10] Ver, por ejemplo, el art. 3, parágrafo 2, de la directiva 2003/54/CE sobre el mercado interior de la energía eléctrica.

la literatura jurídica francesa, como lo señaló en su informe Gérard Marcou, sino también en la de otros países, como lo demuestra el informe de síntesis de Frank Moderne), es necesario que se explique en qué sentido entiendo esta palabra. Con el riesgo de tener que revisar mi interpretación al final de este coloquio.

Entendemos aquí por noción de "regulación", en el plano jurídico, las diferentes formas de ejercicio de los poderes públicos (sometidas en todo caso al control jurisdiccional) mediante las cuales se prohíben, se autorizan, se ordenan acciones o se aplican sanciones, incluso después de la realización de controles o de la solución de diferendos.[11] Evidentemente, bajo esta consideración, la calificación de 'administrativo' se sobreentiende. Por ello no incluimos en esta categoría las intervenciones realizadas mediante leyes y actos equivalentes (tanto estatales como comunitarios), sino solamente las intervenciones realizadas a través de herramientas del derecho administrativo (en particular actos individuales o generales, o a veces normativos). Aquí nos referimos en todo caso a intervenciones que se realizan por vía de autoridad, aunque negociables en ciertos aspectos, y no a verdaderos contratos o a formas de *autoregulatione*. Sobra decir que esta noción no evoca la intervención del Estado por medio de empresas públicas, mientras que el término inglés *regulation* se emplea a veces en ese sentido más extenso.[12]

En esta acepción, por minimalista que sea, el alcance del término es evidentemente muy amplio: a continuación se darán otras especificaciones.

III. Los dos pilares del modelo europeo

A. La Competencia

El modelo de intervención pública trazado por el derecho europeo se funda en dos pilares: la competencia, por un lado, y las misiones de interés general, por el otro.

---

[11] Ver Prosser, T., 1997. *Law and the regulators*, Oxford, p. 4: "[…] a core conception which dominates most usage of the term in the current debates […] consists of public interventions which affect the operation of markets through command and control […]".

[12] Para ver el conjunto de los significados que se le da al término *regulation* en la literatura anglófona (no solamente jurídica), ver Auby, J.B., 2004. "Régulations et droit admisnitratif", *Mélanges offerts à Gérad Timsit,* PUF.

La competencia es el régimen ordinario, propio incluso a las actividades económicas que apuntan a la satisfacción de las necesidades colectivas. Pero estas últimas debe prevalecer en caso de incompatibilidad con la competencia.

Esta deducción no es solamente descriptiva, sino que vale como una prescripción interpretativa rica en implicaciones, de la que podemos dar aquí algunos ejemplos.

Por un lado, puede afirmarse que, cuando se cuestionan las actividades que nos interesan, habrá que escoger entre las posibles interpretaciones de ciertos conceptos indeterminados, presentes en el núcleo del derecho de la competencia, las que llevan con mayor seguridad a la satisfacción de las necesidades colectivas.

Por otro lado, si bien no se puede negar que el respeto de las reglas de la competencia no tiene que ver sólo con el interés de ciertas empresas sino también con el de los usuarios, entonces, habría que reconocerle a éstos la legitimación para solicitar el control, incluso jurisdiccional, de estas reglas.

Además, cuando la misión de interés general impone derogaciones al derecho de la competencia, éstas no pueden extenderse más allá de lo indispensable. En particular, estas derogaciones no conllevan por sí mismas la excepción a otras reglas o principios, comunitarios o no. Esto puede significar, por ejemplo, que si es necesario limitar el acceso a un mercado, debe garantizarse la igualdad de oportunidades, y posteriormente debe garantizárse la igualdad de condiciones a las empresas que ganaron el acceso.

En todo caso, para asegurar una competencia real entre los empresarios de los diferentes mercados, los sistemas jurídicos actúan suponiendo que basta integrar las leyes económicas del mercado a la prohibición de cierto tipo de comportamientos comerciales de los empresarios, y en particular de cierto tipo de acuerdos entre ellos. Le corresponde a la ley establecer cual es el objeto de esas prohibiciones y, para asegurar su respeto, podría pensarse simplemente en la intervención de los jueces.

Sin embargo, por un lado se considera que no es suficiente reprimir las prácticas prohibidas, sino que en algunos casos es mejor prevenirlas, implementando controles previos que se apliquen a actos tales como las autorizaciones, de forma tal que se pueda prohibir la realización de tales actos con anterioridad.

Por otro lado, la represión no puede realizarse siempre mediante sanciones puramente jurídicas, como la nulidad de ciertos actos, sino que también exige la seguridad de sanciones económicas efectivas. Además, por más detallada que sea una ley sobre la competencia, con frecuencia sus disposiciones remiten a, o suponen, evaluaciones fundadas en conceptos técnico económicos, que solamente pueden dominar los expertos del sector, y cuyos conceptos, con frecuencia son disconformes.

Es evidente que para cumplir estas funciones, la formación y la cultura de los jueces no son las indicadas. Se implementa por ello una regulación –calificada como "económica" o más específicamente "pro-competitiva", que tiene como único fin hacer funcionar mejor …el mercado competitivo– y cuya tarea se le confía a organismos especializados.

Por lo demás, puede ocurrir que por razones históricas (como en nuestra época la transición de un viejo a un nuevo modelo de intervención pública), o por el efecto de las leyes mismas de la economía de mercado (que llevan, por ejemplo, a que ciertos monopolios se consideren "naturales), pero también por incompatibilidad con las exigencias de satisfacción de ciertas necesidades colectivas, incluso el mínimo de competencia estimado suficiente no puede asegurarse mediante la interacción entre las leyes, la regulación pro-competitiva y las leyes económicas del mercado.

Se recurre entonces a una regulación, sucedánea de la competencia real, que comparte sus finalidades, si puede decirse que estos son finalmente la eficiencia económica y los precios bajos.

Pero, de la mezcla entre el producto original y de su sucedáneo, hay diferencias en el peso y calidad de sus ingredientes.

En efecto, para alcanzar esos fines, en el primer caso bastan unas pocas normas, pues ellas pueden cobijar en general todos los sectores, y poca regulación, pues, para ciertas conductas de las empresas basta ejercer controles previos o infligir sanciones, mientras que para lo demás intervienen las leyes del mercado. Es por ello que en este caso se puede hablar de una "función de policía" – según la expresión de John McEldowney.

En el otro caso, por el contrario, no se puede contar con las reglas del mercado, que está ausente. Es aquí entonces que hay que remplazar esas leyes

económicas. Pero para ello hay que intervenir mediante leyes, más detalladas y específicas en el sentido jurídico para cada sector. Se debe sobretodo saber intervenir mediante ese tipo de medidas, asegurando en primer lugar la imparcialidad, flexibilidad y rapidez exigidas puesto que deben tomarse decisiones típicas en la gestión de una empresa: por ejemplo la fijación de tarifas en relación con la variación de los costos de las materias primas o de las técnicas de producción. En este caso, debe reservarse, entonces, un amplio espacio para esta regulación que remplaza la competencia, la cual, se conecta, por cierto, fuertemente con la regulación de la competencia.

A pesar de simular la competencia, antes que ser una competencia real, esta regulación puede etiquetarse en todo caso como "económica".

Se puede ver que ambos tipos de regulación económica son necesarios cuando hay una *market failure:*una falla del mercado competitivo.

B. Las misiones de "interés general"

Pero examinemos el otro pilar del nuevo modelo.

El "interés general" –una expresión que puede corresponder a "necesidades colectivas", y que el Tratado comunitario, como hemos visto, relaciona con "cohesión territorial y social"– enmarca las diferentes misiones que se le pueden encargar a las empresas, cuando ejercen una actividad pertinente relativa a este aspecto. Un marco tan amplio puede incluir muchas misiones concretas, que van desde el ejercicio de una actividad sujeta a un régimen de servicio público (en el sentido arriba indicado) hasta la consecución de otros fines de interés público: todas esas misiones entran en la categoría "obligaciones de servicio público" según el lenguaje comunitario.

Un ejemplo de interpretación de esas obligaciones es el ofrecido por el artículo 1 de la ley francesa[13] sobre el "servicio público de la electricidad" –que ejerce el poder de imponer las obligaciones de servicio público adjudicadas por una directiva europea–, y que va más allá del contexto del objeto de la ley misma. En efecto, este artículo describe, por una parte, una actividad que debe

[13] Ley no. 2000-108 de febrero de 2000.

respetar los "principios de igualdad, continuidad, adaptabilidad" (observando a la vez las "mejores condiciones de seguridad, calidad, costos, precios y eficiencia económica, social y energética", apuntando de esta manera "a la cohesión social" y "a la lucha contra las exclusiones") y, por otra, una actividad a la que también se le asigna el propósito de concurrir "al desarrollo equilibrado del territorio, respetando el medio ambiente, la investigación y el progreso tecnológico, así como la defensa y la seguridad pública".

Habría que resaltar también que esta norma asegura "el derecho a la electricidad para todos", pero más adelante regresaremos a este punto.

Se puede observar que algunos de los objetivos a los que apunta este artículo (en nuestro ejemplo aquellos que se refieren a las mejores condiciones de costos y precios en relación con cierto nivel de calidad, y viceversa, los cuales, se refieren por consiguiente, a la eficiencia económica y técnica) coinciden con aquellos que persiguen las leyes y las regulación sobre la competencia, real o simulada. La cual no debe asombrarnos, si se tiene en cuenta que por lo general se considera que la competencia es justamente uno de los medios empleados para velar por el interés general.

Pero ciertamente otros de los objetivos mencionados no son comunes a los de la competencia. No se puede esperar, por ejemplo, que la competencia se ocupe del desarrollo equilibrado del territorio, de cohesión social o la lucha contra las exclusiones.

Por lo tanto, se necesitan leyes e intervenciones de la regulación diferentes. En efecto, para justificar la necesidad de de una intervención pública se puede evocar nuevamente, también en este caso, las *market failures*, aunque con una acepción distinta a la empleada más arriba. Ahora se trata de fines diferentes de los del mercado competitivo como tal. La intervención no está motivada por razones de eficiencia económica, sino más bien de equidad distributiva.[14] Hay que imponer entonces (según las expresiones del derecho comunitario derivado tomadas del derecho de los Estados miembros)[15] "obligaciones de

[14] Ver Prosser, T., 1997. *op. cit.,* p. 13.

[15] Ver por ejemplo, el artículo 16 de la Ley francesa n. 2003-8 del 3 de enero de 2003 referente a los mercados del gas y la electricidad, y al servicio público de energía.

servicio público", que establezcan el deber de asegurar el "servicio universal" (y, dado el caso, al mismo tiempo, de proporcionar recursos adicionales a las empresas en cuestión).

En principio le corresponde a las leyes (europeas o estatales, cada una "dentro de los límites de su competencia respectiva": ver el art. 16 TCE) indicar en que necesidades colectivas se debe traducir el "interés general". Pero las indicaciones legislativas siguen siendo de orden general. Éstas exigen entonces, mayor especificación, que se traduzcan en términos técnico-económicos, y finalmente que se concreten mediante medidas administrativas o mediante otras herramientas.

Esta regulación, generalmente calificada de "social", desempeña una función muy difícil y delicada: asegurar la realización de objetivos de interés general respetando el principio de proporcionalidad respecto a la gestión económica de las empresas, que no puede trastornarse si se mezcla con regulaciones que conciernen o que simulan la competencia (salvo en los casos de derogaciones específicamente establecidos por la ley, en los términos del art. 86 TCE –que, a decir verdad, a veces son muy amplios: basta pensar en la derogación que se refiere a todas las tareas asignadas por la ley a las colectividades locales en Dinamarca).[16]

IV. Las clasificaciones de la regulación y su importancia

Según la clasificación convencional, he hablado de una regulación "económica" y de una regulación "social". Es claro que se podrían proponer otras clasificaciones. Por ejemplo, en su contribución a este volumen, Françis Delpérée utiliza una tercera categoría: la "regulación política" que "apunta, de manera más general, a asegurar la combinación y […] la conciliación de las preocupaciones de la regulación económica y de la regulación social".

Podría observarse, por otro lado, que la categoría de la regulación "económica", incluye cierto tipo de regulación que apunta al respeto de las reglas de la competencia en un mercado competitivo, que no tiene características especí-

[16] Como lo muestra Ulla Neergaard en el tomo 2.

ficas con relación a los servicios de interés general. De igual manera ocurre, a propósito de la regulación "social", en lo que se refiere a la protección del medio ambiente y a otros fines semejantes, que atañe en general a toda actividad. Esta regulación podría entonces distinguirse de aquella que apunta a asegurar el ejercicio de una actividad según un régimen jurídico de servicio público.

Pero, a propósito de clasificaciones, lo importante es determinar con qué fin se establecen: ¿Para profundizar en general el conocimiento de un tema o, más bien, en función de un problema específico que se debe resolver?

En nuestro caso, la clasificación de actividades de regulación puede servir para resolver un problema organizacional. Se trata de la articulación de los procedimientos en diferentes tipos de regulación, con el fin de establecer a que autoridades atribuir las competencias para diferentes funciones (de instrucción, de consulta, de decisión) a partir de exigencias funcionales pero también de los principios institucionales y constitucionales.

Este aspecto supera los límites de nuestro tema; me limitaré entonces a recordar no sólo la cuestión relativa a la distribución, o a la concentración de las competencias entre los diferentes reguladores, sino también, y sobretodo, el problema de su distribución entre las autoridades técnico-burocráticas independientes, las autoridades del mismo género sujetas a la orientación política del gobierno, y el gobierno mismo u otras organizaciones políticas.

V. Regulación y servicio público

Para concluir diremos algunas palabras sobre la relación entre el nuevo modelo de intervención pública, a propósito de los servicios que se deben garantizar a los ciudadanos, y el modelo de servicio público tradicional "a la francesa".

Hemos visto anteriormente que según el modelo que reposa sobre las leyes del mercado competitivo y las diferentes regulaciones, parece posible garantizar una actividad económica que se ejerza mediante un régimen jurídico de servicio público; sin embargo, también vimos, que el modelo tradicional de servicio público a la francesa también puede ser entendido en el sentido orgánico y por lo tanto eso sería otra cosa.

Desde el punto de vista jurídico, se podrían plantear otras consideraciones en diversos planos. Por ejemplo, como lo subraya Elisenda Malaret,[17] el modelo de regulación implica un dinamismo institucional radicalmente diferente al del monopolio público, ya que demanda el respeto de límites formales y substanciales en cuanto a la intervención pública que afecta las libertades y los derechos de las personas privadas.

En otras palabras, el nuevo modelo implica el crecimiento de la tasa de "juridificación" del sector. A esta constatación, se puede agregar que hay incluso –diremos– un mejoramiento cualitativo de las herramientas jurídicas empleadas en el campo de los servicios públicos. En efecto, por medio de las leyes y de la regulación en un ámbito se logra que los derechos sociales sean exigibles no solamente ante el Estado, o sus empresas delegadas, sino también ante las empresas privadas. Cuando esas leyes y esas regulaciones conexas afirman el "derecho" a prestaciones del servicio, tienen "eficacia horizontal", y no sólo "vertical". Por consiguiente, los derechos sociales son oponibles a las empresas privadas en virtud de esas normas.

Por otra parte, se debe recordar también que las libertades económicas consagradas por las Constituciones de los Estados europeos, impiden que se imponga (salvo contadas excepciones) el ejercicio de una actividad determinada a las empresas privadas. En consecuencia, en nuestros Estados, las prohibiciones y las obligaciones que se derivan de la regulación están subordinadas a que las empresas decidan libremente ejercer la actividad de interés general en cuestión.

En suma, cuando las empresas (privadas o no) producen y suministran servicios de interés general (es decir: que se reconocen como importantes para las necesidades colectivas), el Estado, por medio de instrumentos jurídicos (las leyes y los diversos tipos de regulación que hemos visto), puede garantizar a los ciudadanos la aplicación del régimen del servicio público. Pero no es posible ignorar que las *market failures* pueden ser graves, al punto que sea imposible

[17] Malaret E., 2003. "Regulación económica: su instrumentación normativa", D*er. Priv. y Const.*, n°. 17, En-Dic.

encontrar en el mercado una empresa que produzca los servicios considerados por ese régimen como de interés general. En ese caso, lo que cuenta, no sería afirmar el derecho de los ciudadanos a utilizar servicios (…) que nadie suministra, ni promulgar leyes, o implementar regulaciones dirigidas (…) a sujetos que no existen. Si se quiere asegurar esos servicios a los ciudadanos, es imperativo que el Estado –y Francis Delperérée ha llamado justamente nuestra atención sobre el principio de "subsidiaridad"– organice el suministro de esos servicios a través de medios no autoritarios: en primer lugar mediante contratos, y, como última alternativa, mediante empresas públicas.

En este espacio residual, el modelo de servicios públicos en el sentido orgánico puede, quizás, jugar todavía un rol, incluso si algunas revisiones conceptuales parecen necesarias (puede pensarse por ejemplo en ideas de "concesión", "delegación", "contratos de servicio") en el nuevo "escenario competitivo". Sería interesante abordar también ese tema,[18] pero eso será en otra ocasión.

[18] Para algunas ideas sobre este tema se puede ver la conclusión del informe "Regulación y servicios de utilidad pública en Italia" en el tomo 2.

La regulación y la protección de los usuarios-consumidores

Francis Delpérée*

Cuando me corresponde tomar la palabra en coloquios o congresos me ocurre, que quizás, por deformación profesional, o por espíritu de contradicción –no lo sé–, tengo siempre la tendencia a considerar que el tema que me fue asignado por los organizadores de la reunión es –de todos aquellos que están inscritos en el programa– el que merece más interés.

Y me comporto de acuerdo con esa idea. Resalto entonces la importancia de mi tema. Lo valorizo y lo defiendo. Durante algunos instantes, "mi" tema se vuelve el más importante del universo jurídico. Y lo creo con tenacidad.

Reconozco que esta forma de presentar las cosas es a veces un poco artificial o excesiva. Pero esta vez no lo dudo. Estoy en lo cierto. "Mi" tema- es decir la "regulación y la protección de los ciudadanos", es verdaderamente el tema más importante de nuestro coloquio.

¿Por qué? Pues porque la regulación no tiene sentido –es decir, significado e importancia– si no nos hace ciudadanos, más libres, más iguales y más solidarios. Algunos añadirán que ésta también debe ayudarnos a obtener, en términos de servicios, una mejor relación calidad-precio. Otros, más optimistas todavía, sostendrán que en definitiva, debe hacernos más felices.

Las diferencias en la formulación son importantes. Pero queda lo esencial. La regulación, tal es mi postulado, debe tomar en cuenta las necesidades de los ciudadanos. La regulación no es solamente un mecanismo de técnica administrativa. La regulación no es solamente un instrumento de gestión económica. La regulación, debe ser, también y sobretodo, un instrumento de democracia, me atrevo a decir: un importante instrumento de democracia política, económica y social.

Un instrumento de democracia… Si aceptamos este postulado, debemos, si hay que creerle a Lincoln, plantearnos dos sencillas preguntas. La primera:

* Profesor de la Universidad Católica de Lovaina.

¿La regulación es realizada "por" los ciudadanos? La segunda: ¿La regulación se hace "para" los ciudadanos"?

Quisiera tratar de responder brevemente a estas dos preguntas. Lo hago gracias a una observación preliminar. Utilizo a propósito el término ciudadano. Lo prefiero a otros como sujeto administrativo, usuario, consumidor, utilizador o incluso cliente, como se dice en ciertos Estados – incluido el mío (un ministro de la Función Pública incluso hizo una campaña publicitaria en la cual el eslogan es: "el cliente es el rey", lo que puede parecer de un gusto exquisito en un sistema monárquico…").

Prefiero sin lugar a dudas el término ciudadano… Es una manera de decir que el ciudadano puede ser parte activa –algunos dirán: debe ser parte activa– en el proceso de regulación. El ciudadano debe ser también el principal destinatario –y quizás incluso el principal beneficiario– de esta operación, o mejor, de esta empresa democrática.

I. La regulación realizada por los ciudadanos

El tema de la "regulación ciudadana" se trata con poca frecuencia. Ese silencio se comprende fácilmente. La regulación, se dice comúnmente, consiste en organizar el mercado ¿Quién puede contribuir con eficacia a esa organización? Las autoridades públicas y las empresas privadas, ambas partes implicadas en la causa. El poder político y el poder económico son partes ligadas en esto. Pero el ciudadano, ¿qué hace en esta relación?

Las autoridades públicas desempeñan un papel esencial. Ciertamente han renunciado a dirigir la economía y han renunciado a gestionar algunas empresas –por ejemplo, en el campo de los transportes. Si éstas persisten en asumir, al menos en una parte las responsabilidades de otras empresas o su control, deben, en la Europa comunitaria, aceptar los mecanismos de competencia.

Pero esta no es una razón para que las autoridades públicas se retiren puesto que ayer establecían las reglas de control de la actividad económica y hoy, en una perspectiva más amplia, tienen la posibilidad de realizar la regulación de sectores enteros de la actividad económica. Esto quiere decir que pueden establecer las normas, crear las instituciones necesarias, establecer

los procedimientos que permitirán organizar, limitar y controlar la competencia en sectores económicos determinados.

Por su parte, las empresas privadas admiten que el mercado no podría producir, únicamente mediante la libre competencia, su propia regulación. Mejor que nadie, saben que la regulación no es cosa fácil, sino que debe desearse, construirse. Debe conducirse por las autoridades públicas.

¿Esto quiere decir que la regulación sea una carga? Nada de eso. Las empresas privadas aceptan voluntariamente asociarse a la operación de regulación. Su talla, recursos y conocimiento hacen de las empresas privadas socios privilegiados en la operación de organización del mercado.

¿Pero el ciudadano, volviendo a ello, puede desempeñar un rol útil en la organización del mercado? ¿No se ve superado a la vez por lo que está en juego y por las tareas a realizar? ¿No debe confiar todo tanto a las fuerzas políticas como a las fuerzas económicas? ¿Por la fuerza de las circunstancias él no está acaso fuera del circuito? ¿El derecho de la regulación no debe convalidar este hecho?

A mi modo de ver se pueden esbozar dos respuestas –que no pueden imponerse con certeza. Los ciudadanos también tienen algo que decir. Pueden participar, por una parte, en la definición de los dispositivos de regulación. Y pueden participar, por otra parte, en su implementación.

Hay que decir que esas formas de participación permanecen en su mayoría en el limbo, y que pueden incluso parecer rudimentarias. Todavía queda mucho por hacer para construir una regulación ciudadana digna de ese nombre.

A. Definición de los dispositivos de regulación

La regulación consiste en primer lugar en reglas y, para ser más precisos, en leyes.

Este es uno de los aportes importantes de la investigación colectiva que hemos realizado. Todos nos hemos inclinado a considerar, salvo quizás en el Reino Unido, que la asamblea representativa de los ciudadanos debe desempeñar un papel esencial en ese aspecto. Se necesitan leyes. No consideramos que el gobierno y la administración deban actuar a ciegas en estos ámbitos y que

deban utilizar en este caso competencias ampliamente discrecionales. En una sociedad democrática, es necesario un marco legal de la regulación.

Además tenemos que entendernos sobre los términos. Aquí se requieren dos exigencias legislativas –que no son idénticas y que por lo tanto no deben confundirse–. Hay, si así se prefiere, un doble mecanismo legislativo de activación.

La primera exigencia legislativa es "regular la regulación". Hay que darle un derecho a la regulación, es decir hay que concebir los dispositivos legislativos que enmarcarán el fenómeno de la regulación. Se necesita una ley para crear una autoridad administrativa independiente. Se necesita una ley para constituir una persona moral de derecho público distinta del Estado. Se necesita una ley para conferirle a esa entidad atributos de la función reglamentaria. Se necesita una ley para darle competencias represivas. Se necesita una ley para establecer el estatuto de la autoridad reguladora.

Sin esta primera ley, la operación reguladora no tiene fundamento político ni jurídico. No es legítima.

La segunda exigencia y segunda ley es "regular el mercado". Hay que darle un derecho a la actividad económica, es decir que hay que concebir las disposiciones legislativas que puedan enmarcar el fenómeno competitivo en un sector determinado de la economía. El legislador establecerá, por ejemplo, un tronco de reglas comunes para las empresas del sector con el fin de asegurar el control de los precios existentes, o redactará un conjunto de reglas distintas para tener en cuenta la naturaleza particular de los operadores económicos en un sector determinado. Poco importa.

Sin esta segunda ley, la operación de regulación carece de un marco jurídico suficiente, no responde a las exigencias elementales de seguridad, igualdad y, por definición, de legalidad.

Dos formas de exigencias legislativas… No es necesario subrayar, que en la perspectiva democrática más clásica, se supone que el legislador debe expresar las preocupaciones de los ciudadanos y que las decisiones que toma han en principio sido el objeto de debates previos – en el momento de las campañas electorales y después en las discusiones parlamentarias. El ciudadano por lo general debe estar asociado a este proceso.

Pero es de lamentar también, que desde una perspectiva más realista, los temas de la regulación y del servicio público no aparezcan sino de manera fortuita en el debate democrático. Y decir que el ciudadano sólo les preste una atención marginal es un eufemismo.

¿Quién puede afirmar, por tomar sólo este ejemplo, que las elecciones– en los 25 Estados de la Unión Europea –puedan decidirse en razón de estos temas? ¿No son más bien tributarias de otras contingencias– locales, nacionales o internacionales? Con esta pregunta anexa: ¿cuál es el lugar de la regulación en la Carta de Derechos Fundamentales, cuál es el lugar de la regulación en una futura Constitución Europea?

En realidad, los temas de la regulación y del servicio público no suscitan el interés ni la emoción –aquella de los medios de comunicación, de la opinión pública y, en consecuencia, aquella de los representantes de la nación– sino cuando un incidente serio surge o cuando una catástrofe económica y social se produce en un sector clave sometido al régimen de regulación.

Y entonces se formulan las siguientes preguntas, a la vez inocentes e inquietantes, ¿Para qué sirven los dispositivos de regulación? ¿Por qué la regulación no funcionó? ¿Por qué la autoridad administrativa independiente no se manifestó? ¿Por qué no fue posible conciliar los intereses económicos de la empresa con las necesidades sociales de los trabajadores? ¿Por qué no fue posible tomar en consideración las pretensiones de los usuarios? *Et cetera*. Pero estas preguntas se formulan superficial y tardíamente.

El único elemento positivo: en diversas ocasiones, los poderes públicos organizan consultas –sobretodo a nivel local– o encuestas –en particular en el entorno inmediato de una empresa– para "tomar el pulso" del ciudadano, o para recoger sus pretensiones u opiniones. Es distinto saber cuál es el seguimiento que se hace o las consecuencias que tienen esas formas de expresión democrática.

B. La implementación de la regulación

Acabamos de constatar que el ciudadano está asociado –tímidamente, de lejos y de forma intermitente– con la definición de regulación. ¿Se le solicita más en

el momento de la implementación de los dispositivos de regulación? Se pueden dar tres respuestas a esta pregunta.

- Una primera respuesta –muy institucional– equivale a constatar que, como regla general, la estructura de las autoridades administrativas independientes no está cerrada en un universo propiamente administrativo. Estas autoridades son asistidas frecuentemente por consejos consultativos. ¿Cómo están compuestos estos consejos? Se emplean personas que no son administrativas, ya sea personas que posean una experiencia en el sector en cuestión o personas que tengan una sensibilidad particular respecto a ciertos intereses.

  El elemento esencial es el ciudadano consumidor, y en particular las asociaciones que hablan a su nombre, y que pueden ser consultadas en tales ocasiones. Incluso se tiende a considerar que su participación es muy útil. Las intervenciones de la autoridad reguladora no serán eficaces y efectivas sino cuando se basen en el buen conocimiento del sector y cuando tengan en cuenta las necesidades concretas de los usuarios.

  Con preguntas accesorias que no podemos dejar de plantear, como ¿Quién representa a quién? ¿Cuál es la representatividad de la asociación que se erige como portavoz de los usuarios? ¿Cuáles son las reglas democráticas que ésta posee para su organización y funcionamiento? ¿Cómo seleccionar las asociaciones que compiten entre sí por tomar la palabra a nombre de los grupos de ciudadanos o de una categoría de ellos?

  Sin ánimo provocador, tampoco puedo dejar de realizar la siguiente pregunta. ¿No sería mejor regular el acceso de las asociaciones a los procedimientos consultativos de regulación?
- Una segunda respuesta –mucho más informal– lleva a observar que los usuarios y sus asociaciones pueden usar los medios tradicionales de presión política y social para hacer escuchar su voz y defender sus intereses.

  Una asociación de consumidores puede organizar, por ejemplo, una conferencia de prensa para denunciar la política de precios que se practica en un sector regulado o para manifestar su asombro porque las tarifas no bajen después de la apertura del mercado. Acciones más radicales, como huelgas

u ocupaciones de empresas pueden también inscribirse en esta perspectiva, aunque sean a veces los intereses de los trabajadores de la empresa los que figuran en primer lugar, en la lista de reivindicaciones.

- Una tercera respuesta se sitúa a mitad de camino entre las dos primeras. Las empresas de un sector de la actividad económica pueden asignarse reglas de conducta e inscribirlas en un texto al que llaman "código". De tal forma esas empresas hacen "autorregulación". Algo que, a primera vista, sale de nuestro ámbito de reflexión.

Pero nada impide que las autoridades públicas se inscriban en la línea de una regulación concertada, al retomar a su vez las reglas del código de buena conducta, y al imponer su observancia a todos los operadores de un sector económico determinado, después de haber consultado a los consumidores y a los usuarios.

Autorregulación, regulación concertada, regulación consultativa… Estas tres formas de regulación tienden entonces a unirse y a combinarse. Hay aquí un mecanismo interesante que permite asegurar la cohesión económica y social de una sociedad política.

El ciudadano puede tomar, directa o indirectamente, una parte modesta en la tarea reguladora, pero esto solo es posible a condición de que así lo quiera, le tome el gusto y el interés, acepte implicarse, considere esta participación como un servicio que le presta a la sociedad, quiera informarse, documentarse, realizar los análisis y cálculos necesarios para no responder con movimientos reflejos que impidan una evolución socio-económica o que se funden en pretensiones corporativistas o localistas dentro de esos sectores sensibles. El reflejo del "todos queremos los beneficios sin hacernos cargo de los costos" acecha a cada momento a la sociedad civil y a sus portavoces.

II. La regulación para los ciudadanos

Lo acabamos de constatar. La regulación no es, en su mayoría, obra del ciudadano. ¿Se ajusta al menos a sus necesidades? ¿Es posible salvar de esta manera la perspectiva democrática de la operación de regulación? Para hablar con franqueza, tengo la tendencia a considerar que esta perspectiva sólo es

concebible si las autoridades públicas y las empresas privadas aceptan con resolución invertir el orden del discurso tradicional – y el de las prácticas que se inspiran en él.

¿Qué entendemos por discurso tradicional? Éste tiene tres aspectos.

- Uno. "Entre mejor funcione el mercado, menos se justifica la regulación". ¿Y si hay que invertir el orden de las consideraciones y admitir que entre más eficaz sea la regulación, el mercado funciona mejor?
- Dos. "La regulación debe concebirse con prudencia porque tiene por objeto o por efecto fijar las estructuras de un sector de actividad económica". ¿Y si hubiera que razonar de otro modo y considerar que la regulación es, en esencia, dinámica – por no decir: audaz? ¿Que la regulación es un proceso que evoluciona con el tiempo, que tiene en cuenta en particular los desarrollos de la tecnología y que gana adaptándose a los comportamientos de los actores económicos así como a las necesidades de los particulares?
- Tres. "La regulación debe tener como objetivo imponer la racionalidad económica en el discurso político". ¿Y si hubiera que reconsiderar los parámetros y considerar que la regulación es, por definición, política? ¿Que la regulación tiende a introducir la dimensión política –en el sentido de la defensa del interés general– en el debate económico?

La regulación es económica en la medida en que afecta los comportamientos de los actores económicos, o la actividad económica en su conjunto. La regulación organiza la competencia, permite el acceso al mercado, autoriza a los actores económicos a penetrar en ese sector y los habilita a desplegar sus actividades y sus medios.

Pero la regulación es, ante todo, política en la medida en que los poderes públicos no pueden dejar de tomar en consideración dos tipo de factores –los factores sociales y los factores humanos– en la definición y la implementación de las operaciones de regulación.

El debate democrático no adquirirá su plena dimensión salvo si es posible reconciliar la regulación económica y la regulación política y, por consiguiente,

integrar en un discurso y en la acción, las exigencias sociales y las exigencias humanas. Desde esta perspectiva, el ciudadano se encuentra situado en el corazón mismo del proceso de regulación.

A. Las exigencias sociales

La regulación social aparece como la contrapartida de la apertura al mercado. Es para preservar, a pesar de todo, las obligaciones de servicio público, que se enuncian las reglas o que se organizan los procedimientos. Ambas aparecen como tantos otros límites que se fijan a las operaciones de liberalización y de privatización. Dichas reglas y procedimientos se conciben –¿se me autorizará esta expresión?– como barreras.

¿Cómo proceder? Hay diferentes técnicas.

Las autoridades públicas pueden, en primer lugar, determinar tareas específicas en las actividades de servicio público. Los decretos revolucionarios del 16 y 24 de agosto de 1790 hacían justamente eso cuando establecieron que las calles debían iluminarse y que debía suministrarse agua potable. Desde entonces, otras exigencias han surgido, en particular en el campo de la distribución de energía.

La directiva comunitaria sobre la liberalización de la energía es particularmente explícita al respecto cuando reconoce claramente que objetivos –tales como la seguridad en el aprovisionamiento, la protección de los consumidores o la protección del medio ambiente– no pueden alcanzarse únicamente mediante el libre juego de las fuerzas del mercado. La regulación, por el contrario, puede servir para alcanzar esos objetivos.

Las autoridades públicas pueden también asignar a las empresas privadas obligaciones precisas –en realidad, obligaciones de resultado– en el ejercicio de sus actividades. En especial allí donde las autoridades públicas conservan una parte del control financiero de esas empresas, pueden imponer, por ello, un conjunto de obligaciones a través de la redacción de pliegos de responsabilidades.

Entre las obligaciones prescritas, vale la pena resaltar aquellas que se refieren a la diversidad, calidad y cantidad de prestaciones que se suministrarán a los ciudadanos. Con esta precisión esencial: si tales obligaciones no se

cumplen suficientemente, las autoridades públicas suprimirán su intervención financiera o la reducirán.

Las autoridades públicas pueden también imponerse a sí mismas, al igual que lo hacen con las empresas privadas, obligaciones de comportamiento. En tal caso se imponen dos imperativos que me permito calificar de constitucionales. Uno es el de la subsidiaridad y el otro el de la solidaridad.

¿La subsidiaridad?

Cuando las empresas privadas no son capaces de respetar sus compromisos, la autoridad política, que estaba al margen, debe ser habilitada para intervenir para hacer respetar los derechos de los usuarios, que son los derechos de los ciudadanos.

¿La solidaridad?

Cuando a una persona moral, ya sea pública o privada, se le encarga una tarea de servicio público, o cuando se le imponen obligaciones de servicio público, lo menos que se espera es que todos los usuarios disfruten de ese servicio y que lo hagan en condiciones de igualdad. Por ejemplo, suministrar a los abonados una cantidad mínima de energía, aún cuando éstos no hayan realizado el pago del servicio. El juez constitucional estimó al respecto que los cortes intempestivos son condenables por contrariar el principio de solidaridad social.

B. Las exigencias humanas

Exigencias sociales, pero también exigencias humanas …El ciudadano es un ser social. Pero también es un hombre o una mujer que, en cierto momento de su vida, puede verse expuesto a dificultades de todo tipo, en particular financieras ¿Por qué, mediante las operaciones de regulación, la sociedad no habría de ayudarle?

Las autoridades políticas pueden velar, como en el dominio de las telecomunicaciones, para que las prestaciones llamadas de “servicio universal” se proporcionen y se suministren a un precio abordable. Este tema es tan importante que, por ejemplo, la Constitución belga desea inscribir ese principio como uno de los derechos del hombre que merecen ser protegidos.

El derecho de la regulación que aún está, en buena medida, por construir, no tendrá sentido a menos que tome en cuenta las preocupaciones de los ciudadanos, a menos que los proteja, que los valorice y los promueva, y por qué no, que los anticipe.

El tema de la regulación tiene quizás el mérito de revelarnos dos facetas diferentes de la ciudadanía. ¿O podría decirse incluso, dos rostros del ciudadano? El ciudadano activo y el ciudadano pasivo, para retomar, aunque en otro contexto, el lenguaje revolucionario. El ciudadano que aspira a definir su destino y el ciudadano que tiene el derecho de obtener los beneficios de los servicios sociales.

No me queda sino expresar un deseo: que el ciudadano activo se haga un poco más activo y que dé su aporte, con más eficiencia, para la elaboración del derecho de la regulación; y también, que el ciudadano pasivo se vuelva menos pasivo o que sea más vigilante respecto de la cantidad, calidad y regularidad de los servicios que se le suministran. Es necesario que el ciudadano activo y el ciudadano pasivo se reconcilien, "por" el ciudadano y "para" el ciudadano, éstos no son contradictorios. El mérito de la democracia está en procurar –lo he dicho bien: procurar– la combinación de esos dos objetivos.

La organización de la regulación

Reguladores: tendencias y perspectivas*

John Mac Eldowney**

Los países que enfrentan desafíos similares pero que tienen historias jurídicas y culturas distintas pueden trabajar en conjunto para comprender las experiencias de los otros.[1] La experiencia de regular las empresas de servicios públicos, que se detallan en cada uno de los informes nacionales del segundo tomo, es una oportunidad para realizar una síntesis del rol de los diferentes reguladores.[2] Hay una serie de temas similares que se encuentran en los desafíos comunes que afrontan los reguladores, como se ve en cada uno de los ejemplos que se escogieron para formar los capítulos de esta colección.[3] En su análisis de la *Regulation of Network Utilities*[4] Claude Henry, Michaele Matheu y Alain Jeunemaitre identifican dos fases diferentes en la forma en que los países han respondido a los cambios regulatorios. En su análisis, es posible distinguir entre los países pioneros y los países que están en la segunda fase de la regulación de sus industrias. Sin embargo, también es posible añadir una tercera fase, a saber, los países que están introduciendo la regulación como parte de su estrategia de desarrollo. Los países de la segunda ola realizaron las privatizaciones y desarrollaron la regulación en una etapa mucho más posterior a la de los países pioneros; construyeron sobre la experiencia y el éxito de sus predecesores. También tuvieron la ventaja de aprender de sus errores. Los países de la tercera ola son países que están por fuera del grupo de los países industrializados más avanzados. En los países de la tercera ola, la regulación se ve como un medio para reestructurar sus economías y para introducir soluciones de mercado que resuelvan las anteriores fallas del sector público. Con frecuencia los donadores internacionales encabezan el desa-

---

* La revisión jurídica de la traducción del inglés al español fue realizada por Andrea Camargo García.

** Profesor de la Universidad de Warwick.

[1] Henry, Cl., Matheu, M., Jeunmaitre, A. (eds.), 2001. *Regulation of Network Utilities*. Oxford, Oxford University Press.

[2] Guislan, P., 1997. *Privatization Challenge.* Washington, World Bank Regional Studies.

[3] Moderne, Franck. "Los usos de la noción de regulación en el derecho positivo y la doctrina jurídica en los Estados de la Unión Europea", *supra.*

[4] Henry Cl., Mathieu, M., Jeunmaitre, A. (eds.), 2001. *Op.cit.,* nota a pie 1.

rrollo de tales cambios e inevitablemente hay muchas oportunidades para las firmas de consultoría de utilizar las experiencias de anteriores privatizaciones y regulaciones de las dos fases anteriores. Estos países en vías de desarrollo incluyen a Latinoamérica en donde la regulación se encuentra en sus primeras etapas y donde se tienen sistemas relativamente poco sofisticados para implementar de forma rigurosa la regulación económica y legal. También caben en esta categoría países de Europa Central y del Este, muchos de los cuales fueron anteriormente países socialistas. La privatización proveyó el mecanismo para permitir cambios en la economía y, a través de la creación de una economía de mercado, emergió una nueva sociedad con participación activa en la economía. El deseo de dar incentivos a los inversionistas extranjeros, la voluntad de crear unas reglas justas para alentar la inversión interna y los introducidos por el mercado a las poco eficientes grandes organizaciones del sector público han estimulado los sistemas regulatorios en esos países. Los reguladores por lo tanto se ha visto inmersos en medio de modelos que están en conflicto entre sí sobre cómo debería funcionar la economía. La privatización y re-regulación de muchas empresas se han convertido en un paso para su modernización y transformación en empresas rentables.

I. De la privatización a la regulación

Países como el Reino Unido fueron pioneros en implementar nuevas formas de regulación para satisfacer las necesidades creadas por las privatizaciones de las empresas de servicios públicos. Es claro que Suecia también fue uno de los países pioneros que adoptó reformas de largo alcance para resolver los desafíos traídos por las privatizaciones. Esto es evidente en áreas como las telecomunicaciones y las vías férreas. Los países pioneros fueron determinantes en la creación de un momentum de importancia y alcance global. Hoy en día hay pocos países en el mundo que no hayan examinado su sector de servicios públicos y hayan realizado reformas mediante la creación de la regulación en manos de un regulador, en parte como consecuencia de privatizaciones. También hay que notar que los países pioneros ganaron mucho de la literatura y experiencia en regulación de los Estados Unidos.[5] Un estímulo importante para el proceso ha

[5] Custos, Dominique. "La noción estadounidense de regulación", más adelante en este libro.

sido el de ligar el problema al de la economía en general, para, mediante el uso prudente de estrategias de privatización, financiar la deuda del gobierno. Las inversiones públicas costosas pudieron delegársele al sector privado, evitando así las restricciones presupuestales del gobierno o las condiciones bancarias externas. La deuda nacional de muchos países pudo reducirse de esa manera, con lo que se estimuló la economía y se transfirieron las responsabilidades por el pago de la deuda de los nuevos proyectos de inversión del gobierno al sector privado. Los sindicatos del sector público fueron desplazados por trabajadores del sector privado con poca o ninguna actividad sindical.

El momentum para crear empresas privatizadas de servicios públicos y un sistema de regulación se expandió a través de Europa y, aunque no hay un modelo simple que se aplique a todos los países, es claro que la pertenencia a la Unión Europea y la regulación van de la mano. De hecho, la futura pertenencia al club europeo de los Estados Miembros requiere la convergencia a un mercado común que permita estimular las reformas. Los países pioneros no son la única fuente de análisis sobre la forma en que se ha experimentado la regulación.

Hay muchos ejemplos de países que están en la segunda ola de la experiencia de la regulación. Países como Francia, Alemania, España, Italia y Bélgica están en esta segunda categoría. El ejemplo de estos países es interesante debido a los inevitables cambios que la competencia de mercado crea en la operación de los servicios públicos y a la forma en que esto lleva a un cambio en la cultura, desde un ethos previo de propiedad estatal.

La tercera categoría incluye países de América Latina y también a los países de Europa Central y Oriental que han entrado recientemente a la Unión Europea. Aquí, el mayor impulso ha venido del Banco Mundial y otros donadores internacionales que han procurado introducir estrategias regulatorias para resolver la cuestión de mejorar los servicios públicos, ya sea que éstos estén manejados por el sector público o el privado. Se considera que la modernización del sector público y su eficiencia le proporcionan a las economías del tercer mundo un necesitado estímulo, que las lleva así a utilizar nuevas estrategias para realizar mejoras en la infraestructura.

Finalmente, los informes específicos sobre países del segundo tomo deben verse en el contexto de un sistema cada vez más liberalizado de gobernabilidad de la mayoría de industrias de servicios públicos de la Unión Europea.[6] El movimiento a favor de una mayor liberalización comenzó gracias a las disposiciones originales del artículo 86 del Tratado de Roma. La política de libre competencia ha asegurado una relajación de antiguas tarifas proteccionistas y de los derechos comerciales exclusivos que tenían muchos países antes de unirse a la Unión Europea. Las barreras legales al comercio entre Estados miembros se han retirado a la vez que ha crecido la demanda por una obligación de servicio público universal que incluye la protección del medio ambiente y la cohesión social y económica. La liberalización también se ha reforzado a través del desarrollo de la armonización bajo el artículo 95 del tratado. Esto alienta la alineación de los diferentes sistemas regulatorios. De esta manera lograr un mercado común en términos de seguridad para el suministro de servicios, mayor certidumbre para los inversionistas privados y, en últimas, un mercado común para los servicios públicos, es la meta de una gran parte de las políticas y la regulación de la Unión Europea. Liderando la tendencia hacia la liberalización está el sector de las telecomunicaciones, que cuenta con un marco de directivas y provisiones que desde 1988 han abierto el mercado en este sector. El objetivo de evitar las barreras al comercio ha incrementado la presión para garantizar que se incremente la competencia.

En general ocurre lo mismo con los servicios públicos de energía.[7] Desde 1996 este campo ha liderado el camino con medidas para la generación, transmisión y distribución de la electricidad. El objetivo era vender como mínimo el 26 y el 20% de los sectores de la electricidad y el gas, respectivamente, para avanzar hacia la meta última de tener un mercado abierto para las industrias de la energía en todos los países miembros.

---

[6] Snyder, F., (ed.), 2000. *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration,* Oxford, Hart Publishing; Franck Moderne, "Los usos de la noción de regulación en el derecho positivo y en la doctrina jurídica en los Estados de la Unión Europea", *supra.*

[7] Muir, AK. M., 2001. "European Liberalisation and Emissions Trading", *Utilities Law Review,* 12 (1), 15.

La mayoría de los logros de la Unión Europea están liderados por las fuerzas del mercado y su en gran medida desinhibida aplicación en cada uno de los sectores claves de la energía y las telecomunicaciones. El desmonte de algunos acuerdos complejos y técnicos realizados a través de compañías del sector público no ha sido fácil. Una gran parte de la dificultad puede hallarse en la complejidad de las fuerzas locales y centralizadoras que no funcionan de forma adecuada. Esta falta de fusión entre las autoridades locales y centrales puede ser particularmente problemática al nivel del Estado miembro. Puede también ser complicada debido a la misma naturaleza del sistema regulatorio que se implementa. La regulación con frecuencia se realiza en un plano vertical y funciona mejor en sistemas muy centralizados, dado que la regulación en sí misma tiene tendencias muy centralizadoras. De hecho esto deja a importantes actores locales sujetos a sus propios mecanismos, lo que puede inhibir la eficiencia de la regulación. Esta es también la dificultad que tiene la Unión Europea. La regulación de sectores específicos la realizan de mejor manera los países mismos cuando se le deja a la cultura, economía y discreción de los sistemas de regulación que están relacionados con el país. En este contexto es útil recordar que el mercado no sólo es europeo – es global. En la medida en que la europeización gradual del derecho avanza, esto debe verse en el contexto de la mayor globalización del derecho que puede tener una influencia decisiva en la forma en que la regulación y los reguladores deben funcionar. Los Estados de la Unión Europea con sectores costosos y muy regulados deben competir con sectores poco regulados de otros países del mundo,[8] con compañías de servicios públicos multifacéticas que compiten en un mundo multi-nacional.[9] El surgimiento de redes económicas globales –por ejemplo las telecomunicaciones– proporciona una pista sobre cómo la investigación y el desarrollo, así como el conocimiento técnico pueden llevarse a cabo en países externos a la Unión Europea. El crecimiento inter-industrial y las redes internacionales implican nuevos retos para los reguladores de cada uno de los países

[8] Wolf, M., 2004. *Why Globalization Works?* Yale University New Haven and London.

[9] Emilou, N., O'Keefe, D. (eds.), 1996. *The European Union and World Trade Law after the GATT Uruguay Round*. Chichester, John Wiley and Sons.

que se identifican en esta colección de estudios.[10] Es oportuno no reflexionar únicamente sobre nuestras diferencias, sino también sobre nuestros valores y creencias comunes. La pertenencia a Europa y el sentido de ciudadanía que ello implica vienen de una historia común y han sido fundamentales para la creación de un estado social en los países de la Unión Europea y para la implementación de la subsidiariedad de la que cada uno de ellos disfruta. Esto se nota especialmente en el área medioambiental. En el primer tratado que estableció la Comunidad Económica Europea en 1957 no se hace ninguna mención a la política medioambiental. Sin embargo, al interpretar el ex artículo 100 (Ahora artículo 94EC) y el artículo 235 (ahora artículo 308EC), la comunidad desarrolló una política *ad hoc* sobre el medio ambiente. La regulación del medio ambiente se ha tenido que ajustar para tomar en cuenta las circunstancias cambiantes y los nuevos retos. Las emisiones de gases de efecto invernadero, el impuesto carbón/energía y el desarrollo de energías renovables son todos aspectos claves de las responsabilidades que se encuentran en la regulación de muchos servicios y sectores. Es claro que los avances en la regulación del medio ambiente se han vuelto esenciales en la estructura interreguladora de los estados miembros.

La clave para entender el comportamiento regulatorio está en la disonancia entre los estados miembros respecto a la fase particular de regulación que cada uno vive. Es esta disonancia la que representa un desafío para el futuro de la regulación en Europa.

II. Una síntesis de los principales temas que se refieren a los reguladores

Como el Reino Unido fue un pionero en la regulación de los servicios públicos, es apropiado comenzar primero algunos temas que surgen de la experiencia del Reino Unido. Empezando con un solo regulador, se le ha dado una considerable atención a los controles de precios, al acceso al sistema de transmisión, a las tendencias monopolísticas y a la protección del consumidor. Hay una paradoja. ¿Cómo darle incentivos a los operadores de los servicios para

[10] Bermann, G., Herdegen, M., Lindseth, p. (eds.), 2003. *Transatlantic Regulatory Cooperation.* Oxford, Oxford University Press.

que reduzcan los costos, sean más competitivos y proporcionen mayores estándares de servicio a precios reducidos? El legado del comercio monopolístico con ausencia de transparencia en los acuerdos comerciales y en los precios había dado lugar a una cultura cómoda de baja valoración del riesgo, falta de planeación de largo plazo y pocos incentivos para cambiar la situación existente. Las ganancias se subsumían en el negocio y los subsidios cruzados proveían la manera de aislar las áreas no rentables de las fuerzas del mercado.

Los reguladores de los diferentes sectores de servicios públicos se enfrentan a varios grandes desafíos. ¿Cómo asegurarse de que la competencia sea eficaz? ¿Cómo fomentar la inversión y la modernización de las redes existentes y cómo mejorar las opciones para el cliente? ¿Cómo proteger a los consumidores débiles frente a incrementos injustos de las tarifas? Al mismo tiempo, en la medida en que muchas compañías de servicios públicos proveen más de un servicio, existe la necesidad de implementar un sistema de una regulación intersectorial y no un solo regulador por sector. El ejemplo del Reino Unido enfatiza la naturaleza cambiante de la regulación y el rol de los reguladores. El resultado es un sistema regulatorio que se enfoca en resolver problemas, tiene control político y reacciona ante la necesidad de cambio. Los reguladores independientes son hoy en día comisiones y no reguladores únicos. Estos reguladores trabajan mediante convenios comunes que proporcionan regulaciones cruzadas en un periodo de gran cambio económico e inestabilidad del mercado. Las lecciones que emergen son claras para todos. No se puede dudar que la personalidad y el carácter de regulador personal tuvo una tendencia a reflejar el estilo de regulación adoptado. Una sola estructura regulatoria podría volverse demasiado cercana a la industria que trata de regular. Esto inevitablemente dio origen a políticas regulatorias desiguales y a dificultades al confrontar empresas que manejaban varios servicios públicos en una sola estructura corporativa.

En la segunda categoría de la segunda fase de regulación están países como Francia, en donde la propiedad estatal data de mucho tiempo atrás. Las mayores empresas de servicios públicos en los campos de la energía, el transporte y las comunicaciones tienen una larga historia de propiedad estatal basada en monopolios públicos. La cultura del sector público está muy arraigada en las estructuras legales, constitucionales y políticas de Francia y ha creado una

fuerte cultura y ethos del sector público que todo lo permean. A pesar de la resoluta determinación de sucesivos gobiernos franceses por crear competencia que reduzca las tendencias monopolísticas, sólo ha sido posible crear reguladores independientes operando al interior del marco de restricción constitucional. Es casi imposible desarrollar un sistema regulatorio independiente y poderoso desde el Estado. Por lo tanto, es posible hacer y crear planes y recomendaciones, pero es excepcionalmente difícil actuar de forma independiente e implementar en términos prácticos cualquiera de las políticas. También hay una compleja gradación del gobierno local y central que debe tenerse en cuenta. De esta manera la experiencia de regulación en Francia hace pensar que las compañías y estructuras locales deben superarse antes de que puede emerger una estructura regulatoria efectiva. Algo más crítico para el futuro de la regulación en Francia es logar un cambio en la cultura de la regulación francesa. Esto va a tomar algún tiempo y es problemático en la medida en que la reputación de la regulación se ha visto criticada, a raíz de la experiencia británica en el campos de las vías férreas y el transporte.

Italia también es un ejemplo de un fuerte *ethos* basado en el ideal de un monopolio del sector público.[11] Suecia con los ejemplos de la Oficina de Correos y de las telecomunicaciones proporciona ejemplos de reguladores de orientación independiente cuya inspiración puede encontrarse en los ideales de administración y responsabilidad que tienen como objetivo defender la ley. Existen similitudes con los Estados Unidos y su *sunshine regulation system*,[12] donde la persuasión pública y la transparencia pueden usarse para presionar cuando es evidente que el regulador no tiene los poderes necesarios. Las agencias especializadas del gobierno en forma de reguladores proveen independencia y en el caso del Reino Unido ejemplifican la necesidad que se tiene del conocimiento especializado para regular. Tales poderes, como en Suecia, están sujetos a revisión judicial en las cortes cuando es necesario. En muchos de los ejemplos del Gran Bretaña y Suecia se observa como se les otorgan poderes a los reguladores para formular reglas. Esto contrasta ampliamente con el caso francés en el que

[11] Sorace, Domenico. *Régulation et Services d'utilité publique en Italie* (Segundo volumen).
[12] Dominique Custos. *La noción estadounidense de regulación*, *infra.*

por la naturaleza de los acuerdos constitucionales y los controles legales, todo aquello que es posible en términos de regulación se realiza a través de la ley. Esto también ocurre con España, en donde los reguladores tienen poderes menos amplios, el papel que juegan los consumidores es menor y se le da menos poder a los acuerdos legales que están en funcionamiento.

Países tales como Finlandia, Dinamarca, Bélgica, Portugal y Grecia[13] así como Rusia[14] son buenos ejemplos de cómo la cultura y el sistema legal son importantes para la tarea de la regulación. De hecho hay pocas experiencias o temas de fondo en asuntos de regulación que cada uno de ellos desarrolla de manera propia.

El caso de la regulación en Alemania[15] es un caso particular. Como parte del proceso de liberalización, Alemania enfrentó desafíos particulares a causa de su sistema federal y su aproximación descentralizada a la prestación de servicios públicos. A pesar de esos factores y a la necesidad de reunificar el país, hay temas comunes tales como la transparencia, la competencia y la necesidad de los sistemas regulatorios de dar cuenta de la creciente complejidad. La dirección general en términos de liberalización del mercado es en todo caso clara.

La tercera ola de países consiste sobretodo en la experiencia de América Latina[16] y presenta similitudes notables en cuanto a responder a los desafíos de la regulación al deshacer complicados acuerdos al interior del sector público, al introducir la competencia y la transparencia. A este respecto están surgiendo reguladores adecuados, con experiencia y conocimiento especializado en la

[13] Ver Heikki Kulla, "Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional en Finlandia; Ulla Neergaard, "Regulación del suministro de servicios públicos en Dinamarca"; Francis Delpérée, "El derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional – el caso de Bélgica"; Manuel Porto, "Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional: el caso portugués"; Georges Dellis, "Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional: el caso de Grecia" (Segundo tomo).

[14] Alexandre Kozyrine, "Régulation et réformes administratives en Russie", *infra.*

[15] Martin Bullinger, "Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional en Alemania", (tomo 2).

[16] Para el caso de Brasil ver Eros Roberto Grau, "La regulación en Brasil", *infra*; para el ejemplo argentino ver Julio Rodolfo Comadira, "La experiencia de la regulación en Argentina", *infra.*

medida en que las soluciones lideradas por el mercado siguen los ejemplos de muchos de los países pioneros.

Es claro que los reguladores en cada una de las tres fases enfrentan muchos problemas similares. De acuerdo con nuestro estudio, la europeización y la globalización plantean ciertos retos para cada uno de los países, que crearán ganadores y perdedores que todavía no se pueden prever. Es necesario desarrollar un enfoque interrelacionado de la regulación que supere las divisiones de país y de cultura ahora que han pasado los primeros años del siglo XXI.

Contribución(es) del derecho comunitario al derecho de la regulación de los servicios públicos

Stéphane Rodrigues*

Los estudios e investigaciones sobre el tema de la regulación europea de los servicios públicos se han multiplicado a lo largo de los últimos años.[1] El propósito no es retomar lo que se ha presentado primero como una confrontación y luego como una conciliación entre la especificidad de los regímenes jurídicos del servicio público en algunos Estados miembros (dentro de los cuales está Francia con sus servicios públicos industriales y comerciales) y las exigencias de un mercado interior en el que la libre circulación y la libre competencia se han erigido como principios fundamentales. Más modestamente, partiremos del postulado que dice que el desarrollo de un derecho comunitario autónomo de actividades económicas gestionadas en red (o industrias de red) enriqueció, después de haber originado, en gran parte, la teoría de la regulación de los servicios públicos en los derechos nacionales.

Antes de abordar los aportes sustanciales del derecho comunitario, conviene evocar primero el debate semántico en el cual ha participado la norma jurídica europea para dibujar los contornos de la noción misma de regulación. Es interesante notar al respecto que la división francesa del Servicio de Traducción de la Comisión Europea (SdT) examinó recientemente la noción misma de regulación para ponerse de acuerdo sobre una definición utilizable en los recintos comunitarios.[2] Tras hacer una síntesis de los trabajos sobre este tema, la SdT

* Catedrático de la Universidad de París I, Panteón-Sorbona.

[1] Citaremos entre las obras más recientes: Auby, J.Fr., 1998. *Les services publics en Europe.* Paris, PUF, Que sais-je?; Henry, Cl., 1997. *Concurrence et services publics dans l´Union européenne*. Paris, PUF, Économie; Rodrigues, S., 2000. *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Énergie, postes, télécommunications et transports*. Paris, Éditions Lavoiser/Tec & Doc.; Vandamme, J., Van der Mensbrugghe Fr. (dir.), 1998. *La régulation des services publics en Europe*. Paris, éditions ASPE Europe, collection TEPSA.

[2] Comisión Europea (Sdt), 2003, "Journal des Traducteurs de langue française", *Verba Volant*, no. 13, abril, esp. P. 3-7.

recuerda que el término "regulación" tiene sus raíces en las locuciones latinas *regere* (dirigir, dominar) y *regula* (la regla) y que habría aparecido en lengua francesa a mitades del siglo XIX, en particular en el vocabulario científico, para dar cuenta del funcionamiento de un sistema complejo (el cuerpo humano, una máquina). El término regulación aplicado a la economía y al derecho, es un sistema complejo relacionado con los de servicios públicos en red, que se distingue a su vez de los términos reglamentación, tutela y control, que pudiendo englobarlos permitiría igualmente dar cuenta de una autoridad que se ejerce sobre varios operadores económicos autónomos, pero que deben someterse a una disciplina colectiva para que su acción combinada permita alcanzar los objetivos de interés general que les fueron asignados por los poderes públicos.

Se reconoce por lo tanto una evolución en la percepción de la función de regulación por parte del legislador europeo mismo. Pues, evidentemente, este último había sido influenciado en un comienzo por el vocabulario anglosajón que tiende a designar mediante el término *regulation*, de forma más restrictiva, la organización de la apertura a la competencia de sectores que estaban regidos antes por monopolios públicos.[3] De esta manera, en las primeras directivas de liberalización del sector de las telecomunicaciones, se desarrolló el término de autoridades reglamentarias nacionales (en adelante las "ARN") para designar aquello que la Comisión llamaba por su parte las instancias sectoriales de regulación. Es cierto que el legislador francés no se mostró muy cuidadoso en la coherencia y el fondo del vocabulario, al adoptar en 1996 la ley sobre la reglamentación de las telecomunicaciones que instituyó una autoridad de regulación de las telecomunicaciones (ART).[4] Sin embargo, parece que recientemente sí se busca esa coherencia en la nueva directiva "Electricidad" de junio de 2003, que abroga la de 1996,[5] al optar en adelante por la expresión "autoridades de regulación", que se definen como entidades que "por lo menos están a cargo

[3] Leer en este sentido *Économie mot à mot*, glosario en línea de la revista *Problèmes économiques*, editada por La Documentation française en su sitio de internet: ww.ladocumentationfrancaise.fr/pe/glossaire/glossliste.htm

[4] Ley no. 96-659 del 26 de julio de1996, *JORF* del 27 de julio de 1996.

[5] Directiva no. 96/92/CE del 19 de diciembre de 1996.

de asegurar la no-discriminación, una competencia efectiva y el funcionamiento eficiente del mercado".[6]

Es posible preguntarse sin embargo, si no es más lógico ir a la fuente del derecho comunitario, es decir al tratado, para buscar los elementos de una definición estable de regulación. Desde esta perspectiva, el artículo 16 del tratado CE debe permanecer como la fuente de referencia. Recordemos que en los términos de esta disposición, se enuncia que:

> Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.[7]

No regresaremos a la discusión sobre la génesis y el alcance de este artículo[8] que, en esencia, se retomó exacto en el proyecto de Constitución Europea

---

[6] Ver Considerando no. 15 y artículo 23 de la directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2003 referente a las reglas comunes para el mercado interior de la electricidad que abrogan la directiva 96/92/CE (*JOUE* L 176 del 15.7.2003, p. 37-56); ver también Considerando no. 13 y artículo 25 de la directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2003 referente a las reglas comunes para el mercado interior del gas natural que abrogan la directiva 98/30/CE (ver *ibídem*, p. 57-78).

[7] Traducción tomada de la "Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2001/C 320/04) (Texto pertinente a efectos del EEE)" consultada el 18 de noviembre de 2008 en el sitio http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=fr&ihmlang=fr&lng1=fr,es&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=257735:cs&page=

[8] Leer en especial: Grard, L., 1999. "Les services d´intérêt économique général et le traité d´Amsterdam", *Revue des Affaires européennes*, no. 2; Pingel-Lenuzza I., 2000. "Article 16 TCE", en: Leger, Ph. (dir.). *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant, Dalloz, Helbing & Lichtenhahn, p. 217-223; Rodrigues, St., 1998. "Services publics et Traité d´Amsterdam: genèse et portée du futur article 16 CE", *Revue du marche commun et de l´Union européenne,* no. 1, p. 37-46; Ross, M., 2000. "Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?", *European Law Review*, no. 25, p. 22-38.

preparada por la Convención sobre el futuro de Europa.[9] Pero nos inspiraremos directamente en ese artículo para proponer la siguiente definición comunitaria de la regulación aplicada a los servicios públicos, a saber: *la función atribuida a los poderes públicos de velar por el buen funcionamiento de los servicios públicos.* De esta corta aproximación conceptual, surgen dos elementos esenciales característicos de la función de regulación en el sentido del derecho comunitario: por una parte, el elemento de "control" (velar) que conduce a cada Estado miembro a adaptar y modernizar sus propios sistemas de tutela y de control de los servicios públicos; por otra parte, el elemento "gestión" (buen funcionamiento) que conduce a profundizar o a hacer evolucionar las reglas de organización y los principios de funcionamiento de esos servicios.

Es sobre esta base terminológica que se puede, en consecuencia, evocar el doble aporte o el doble enriquecimiento que ofrece el derecho comunitario a la teoría de la regulación de los servicios públicos: el enriquecimiento de la misión de vigilancia de los servicios públicos, con el desarrollo de nuevas estructuras como las autoridades sectoriales de regulación, a nivel nacional y en la escala europea (**I**) y de las reglas de funcionamiento de los servicios públicos, con la adaptación de los principios tradicionales que estructuran su régimen y su coexistencia con nuevas normas de conducta (**II**). En otros términos, si la teoría de la regulación debiera asimilarse a la teoría del juego, podría considerarse que el derecho comunitario actúa tanto sobre los árbitros como sobre los jugadores así como sobre sus reglas.

I. El enriquecimiento de las estructuras de la regulación

El propósito aquí no es plantear de otra forma el desarrollo de los nuevos órganos nacionales de regulación, que se han ido implementando progresivamente para responder a la precitada categoría de las ARN de las directivas de liberalización, sino resaltar, por una parte, el marco que la norma comunitaria crea

[9] Ver en este sentido el artículo III-6 de la Parte III del antiguo proyecto de tratado de Constitución para Europa que sustituye la expresión "*entre los valores comunes de la Unión"*, por la según nosotros poco afortunada: "*en tanto que servicios a los que todos en la Unión atribuyen un valor*"; ver *JOUE C*-169 del 18 de julio de 2003, p. 1-105. Ver también *infra* las otras modificaciones realizadas al actual artículo 16 CE.

para definir las condiciones estructurales de la regulación (**A**) y, por otra parte, evocar la naciente reflexión sobre la posibilidad de recurrir sistemáticamente a las agencias europeas de regulación (**B**).

A. El marco comunitario de las condiciones nacionales de la regulación

Es a partir del principio de origen jurisprudencial de disociación de las funciones entre el operador y el regulador, que se fueron proyectando progresivamente en el derecho derivado los contornos de la autoridad nacional de regulación "perfecta". La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante CJCE) debía en efecto confirmar, a nombre de la "igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores", la obligación impuesta a los Estados miembros por la Comisión de confiar la autorización de los aparatos de terminales telefónicas "a una entidad independiente de las empresas públicas o privadas que ofrezcan bienes y/o servicios en el ámbito de las telecomunicaciones".[10]

Esta regla fundamental no quedó confinada al ámbito de las telecomunicaciones,[11] sino que se extendió enseguida a todos los sectores de servicios en red en los que intervino una directiva de liberalización: directiva de la "Electricidad" de 1996,[12] directiva "Correos" de 1997[13] y directiva del "Gas natural" de 1998.[14] Se ha de resaltar sin embargo la notable excepción del transporte ferroviario, para el que las primeras directivas aplicables de 1991 y 1995 no imponen sino la separación entre la gestión de la infraestructura y la actividad de transporte, y admiten, incluso después de su modificación en 2001, la fusión de las funciones de explotación ferroviaria y de autoridad encargada de la atribución de las licencias y/o de la repartición de las capacidades

[10] Artículo 6 de la directiva 88/301 de la Comisión del 16 de mayo de 1988 referente a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, tal como fue confirmado por el fallo de la CJCE del 19 de marzo de 1991, *France c/ Commission*, caso C-2002/88, rec. I-1259.

[11] *Cf.* Artículo 2 de la directiva 92/44/CEE del 5 de junio de 1992 referente a la aplicación del suministro de una red abierta a las líneas alquiladas.

[12] Artículo 20.3 de la directiva 96/92/CEE precitada.

[13] Artículo 22 de la directiva 97/67/CEE del 15 de diciembre de 1997.

[14] Artículo 21.2 de la directiva 98/30/CE del 11 de mayo de 1998.

de infraestructuras, a pesar de la recomendación, es cierto, de la Comisión.[15] Tal como se negocia hoy en día, el nuevo "paquete" ferroviario debería mantener el *statu quo* a este respecto.[16]

Sin embargo, la revisión relativamente reciente de la mayoría de estos textos le ha permitido al legislador comunitario clarificar e intentar la unificación de las exigencias necesarias para la institución de las ARN. Estas exigencias se refieren, en esencia, al estatus que se les reconoce y a los poderes que se les confieren.

En cuanto el *estatus de las ARN*, la palabra clave sigue siendo independencia: independencia frente a los operadores del sector regulado e independencia, en lo posible, frente al gobierno. La nueva directiva marco en materia de telecomunicaciones es más explícita a este respecto.

> Los Estado miembros garantizan la independencia de las ARN al hacer que éstas sean jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las organizaciones que realizan el suministro de redes, equipos o de servicios de comunicaciones electrónicas.

Esta directiva también es la más exigente para el Estado accionario.

> Los Estados miembros que conserven la propiedad o el control de empresas que realicen el suministro de redes y/o de servicios de comunicaciones electrónicas velan por la separación estructural efectiva de la función de

[15] Directiva 91/44 del 29 de Julio de 1991 referente al desarrollo de las vías férreas comunitarias y directivas del 19 de junio de 1995 sobre las licencias y las capacidades de la infraestructura. La directiva 2001/12/CE del 26 de febrero de 2001 modifica la directiva 91/440 al invitar a los Estados miembros a asegurar que "las funciones esenciales para garantizar un acceso equitativo y no discriminatorio de la infraestructura (…) se le confíen a instancias o empresas que no sean ellas mismas suministradoras de servicios de transporte ferroviario". Sin embargo, a una empresa ferroviaria se le puede confiar "la captación de impuestos y la responsabilidad de la gestión de las infraestructuras, tales como por ejemplo el mantenimiento y la financiación" (nuevo artículo 6.3 de la directiva).

[16] Proposición de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para modificar la directiva 91/440/CEE del Consejo referente al desarrollo de las vías férreas comunitarias, COM (2002) 25 final en *JOCE* C 291 E del 26.11.2002, p. 1-3.

> reglamentación, por una parte, y de las actividades inherentes a la propiedad o a la dirección de esas empresas, por otra parte.[17]

Las autoridades de regulación de la electricidad y del gas deben responder a la misma prioridad al ser entonces "totalmente independientes" de los intereses de esos sectores.[18]

En conjunto, los Estados miembros han cumplido esas obligaciones, incluso si algunos de ellos se han demorado en implementar las ARN o han tratado de resistir, al rehusarse a instituir alguna de ellas. Esto fue lo que ocurrió en Francia, con la transposición tardía de la directiva "Gas" (hubo que esperar la ley del 3 de enero de 2003 para transformar la Comisión de Regulación de la Electricidad en la Comisión de Regulación de la Energía, que incluyó el sector del gas) y con las transposición incompleta de la directiva postal de 1997, modificada en su versión de 2002;[19] ésto le valió a las autoridades francesas en junio de 2002, un requerimiento formal por parte de la Comisión. El proyecto de ley sobre los servicios postales realizado en el 2004 planteó la creación de la Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones y los Correos (ARTP).[20]

En lo que se refiere a los *poderes de las ARN*, el enfoque adoptado por las diferentes directivas parece menos homogéneo que el adoptado para imponer su estatus independiente. Según una definición que la Comisión deseaba que fuera lo suficientemente amplia, las ARN estarían encargadas de "supervisar la interpretación y la implementación diaria de las disposiciones de las directivas

[17] Artículo 3.2 de la directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 7 de marzo de 2002 referente a un marco reglamentario común para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, en *JOCE* L 108 del 24.4.2002, p. 33.

[18] Artículo 23.1 precitado de la proposición de directiva que abroga la directiva 96/92/CE.

[19] Directiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 10 de junio de 2002 que modificó la directiva 97/67/CE en lo que se refiere a la continuación de la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad, en *JOCE* L 176 del 5.7. 2002, p. 21.

[20] Artículo L.5 del Proyecto de ley referente a la regulación de las actividades postales del 16 de julio de 2003. Finalmente, la ley n. 2005-516 del 20 de mayo de 2005 sobre la regulación de las actividades postales transforma la ART en ARCEP al extender sus misiones a la regulación de las comunicaciones electrónicas y de las actividades postales.

(pertinentes)".[21] Esta definición nos parece muy reductora. El análisis de las directivas en cuestión revela una gama de funciones potencialmente más rica. Así, en primer lugar, es el objetivo de promoción de una "competencia efectiva" el que se asigna claramente a las ARN: esto se afirma de manera explícita en el sector de las telecomunicaciones[22] y esto sólo ocurre de manera supletoria en el sector postal: las ARN "pueden igualmente estar encargadas de asegurar el respeto a las reglas de la competencia en el sector postal".[23] Si nos referimos enseguida a las nuevas directivas "Electricidad" y "Gas natural", se aprecia más el aspecto funcional de las ARN. No solamente se ven dotadas de poderes de investigación, de inspección y/o control para velar por el respeto de los operadores a las reglas comunes,[24] sino que también se les pueden reconocer poderes de cuasi-reglamentación (aprobación de tarifas, fijación de metodologías para calcular o establecer las condiciones de conexión y de acceso a la red)[25] y de solución de litigios (demandas relativas a las condiciones o a las tarifas de conexión).[26]

Por el contrario, el asunto de las *relaciones entre las ARN y las autoridades de la competencia* no ha encontrado todavía una respuesta homogénea. La directiva postal prefiere ignorarlo. La directiva "Electricidad" lo evita al solicitar a los Estados que creen "mecanismos apropiados y eficaces de regulación, de control y de transparencia con el fin de evitar en particular todo abuso de posición dominante en detrimento de los consumidores así como todo comportamiento predatorio".[27] Sólo la directiva-marco "telecoms" parece ofrecer una solución satisfactoria al invitar a los Estados a garantizar la realización de consultas y la cooperación entre las diferentes autoridades "sobre temas de interés común" y al exigir que las respectivas tareas de cada autoridad sean publicadas "de

[21] Artículo 2 de la decisión no. 2002/627/CE de la Comisión del 29.7.2002 que instituye el grupo de reguladores europeos en el campo de las redes y servicios de comunicaciones, *JOCE,* no. L.200 del 30.7.2002, p. 38. Ver *infra.*

[22] *Cf.* Artículo 8.1 de la directiva 2002/21/CE precitada.

[23] *Cf. Artículo 23* (nuevo) de la directiva 97/67/CE modificado por la directiva 2002/39/CE y 2003/55/CE precitados.

[24] *Cf.* Artículos 23.1 y 25.1 respectivamente de las directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE precitados.

[25] *Ibidem,* artículos 23.2 y 25.2.

[26] *Ibidem,* artículos 23.5 y 25.5.

[27] *Ibidem,* artículos 23. 8 y 25.8.

una forma fácilmente accesible" cuando más de una autoridad sea competente para tratar los temas de competencia y de protección de los consumidores.[28]

Próximamente, el análisis de la forma en que será manejado *in concreto* este problema de la "competencia" entre autoridades estatales podría plantearse igualmente de manera muy interesante a nivel europeo con el desarrollo de las agencias comunitarias.

B. El desarrollo de las agencias europeas de regulación

La creación de agencias europeas no es algo nuevo. Sabemos que los primeros organismos comunitarios descentralizados se instituyeron en 1975[29] y conocieron después un desarrollo rápido en los años 90.[30] Pero no fue sino recientemente, en el marco de un ejercicio de reflexión más general que se realizó sobre la "gobernabilidad europea", que la Comisión dijo estar persuadida de que "la creación de nuevas agencias de regulación europeas autónomas en ámbitos claramente delimitados mejorará la manera en que las reglas se implementan y se aplican en toda la Unión".[31]

En una comunicación del 11 de diciembre de 2002, la Comisión confirmó esta orientación política al enunciar los principios esenciales que, según ella, deberían regir "el marco de las agencias europeas de regulación".[32] La agencia

---

[28] *Cf.* artículo 3.4 de la directiva 2002/21/CE precitada.

[29] Con el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (Reglamento 337/75/CEE), y la Fundación Europea para el Mejoramiento de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Reglamento 1365/75/CEE°;.

[30] Agencia Europea para el Medio Ambiente (Reglamento 1210/90/CEE), la Fundación Europea para la Formación (Reglamento 1360/90/CEE), el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (Reglamento 302/93/CEE), la Agencia Europea para la Evaluación de los Medicamentos (Reglamento 2309/93/CEE), la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OHMI) (Reglamento 40/94/CEE), la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (Reglamento 2062/64/CEE), la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (OCVV) (Reglamento 2100/94/CEE), el Centro de Traducción de los Organismos de la Unión Europea (Reglamento 2965/94/CEE), el Observatorio Europeo de los Fenómenos Racistas y Xenófobos (Reglamento 1035/97/CEE) y la Agencia Europea para la reconstrucción de Kosovo (Reglamento 2454/1999/CEE).

[31] Comisión Europea, *livre blanc sur la gouvernance européenne,* COM (2001) 428 del 25.7.2001, especialmente p.28-29. Ver también el informe del grupo de trabajo "*Établissement d´un cadre pour des agences de régulation à vocation décisionnelle*", elaborado en el marco de la tercera obra ("mieux exercer les responsabilités exécutives") del *Livre Blanc* sur la gouvernance.

[32] COM (2002) 718 final.

de *regulación* se distingue ante todo de la agencia de *ejecución,* en que esta última está encargada de tareas de pura gestión y que están sometidas a un control estricto por parte de la Comisión. Por lo demás, fue para mitigar ciertas deficiencias del recurso, un poco anárquico hasta el día de hoy, en lo que se ha denominado "oficinas de asistencia técnica" (BAT), que el Consejo adoptó el reglamento (CE) n° 58/2002 del 19 de diciembre de 2002 sobre el estatus de las agencias ejecutivas encargadas de ciertas tareas relativas a la gestión de programas comunitarios.[33] La primera de estas agencias fue creada en diciembre de 2003 para la gestión del programa "Energía inteligente".[34]

La noción de agencia europea de regulación designa por el contrario a "las agencias encargadas de participar de manera activa en el ejercicio de la función ejecutiva, para la realización de actos que contribuyan a la regulación de un sector determinado". Para la Comisión, el recurso a esas agencias es apropiado en las áreas que cuentan con una alta especialización técnica. Es en este sentido, por ejemplo, que se crearon las últimas agencias europeas en materia de seguridad alimentaria,[35] marítima[36] y aérea,[37] de seguridad ferroviaria[38] y de redes de comunicación.[39]

En su informe remitido en julio de 2003 al ministro delegado para los Asuntos Europeos y titulado *Vers une régulation européenne des réseaux,* el

---

[33] Publicado en el *JOCE* no. L 11 del 16 de enero de 2003.

[34] Decisión no. 2004/20/CE de la Comisión del 23 de diciembre de 2003 que instituye una agencia ejecutiva denominada *Agencia Ejecutiva para la Energía Inteligente*, para la gestión de la acción comunitaria en el ámbito de la energía en aplicación del reglamento (CE) no. 58/2003 del Consejo (*JOUE* L 5 del 9 de enero de 2004, p. 85-86).

[35] Autoridad Europea para la Seguridad de los Alimentos: reglamento (CE) no. 178/2002 del 28 de enero de 2002.

[36] Agencia Europea para la Seguridad Marítima: reglamento (CE) no. 1406/2002 del 27 de junio de 2002.

[37] Agencia Europea para la Seguridad Aérea (en adelante "la AESA"): reglamento (CE) no. 1592/2002 del 15 de julio de 2002. Sabemos también que, tratándose de esta agencia, la Comisión trató de instituir un interlocutor de peso frente a la *Federal Aviation Authority* estadounidense, que, hasta el día de hoy, se aprovecha de la existencia de quince autoridades nacionales de aviación civil para imponer sus puntos de vista en cuanto a los términos de la reglamentación técnica aérea.

[38] Proposición de reglamento con el fin de instituir una Agencia Ferroviaria Europea: COM(2002) del 23 de enero de 2002 de la Comisión, aprobada por el Parlamento Europeo en primera lectura el 14 de enero de 2003 y por el Consejo de Transportes del 28 de marzo de 2003.

[39] Proposición de reglamento para instituir una Agencia europea encargada de la seguridad de las redes y de la información presentada al Consejo de Telecomunicaciones del 5 de junio de 2003: COM (2003) 63 final del 11 de febrero de 2003 de la Comisión.

grupo de trabajo, presidido por Christian Stoffaes, amplió el campo de las razones susceptibles de justificar la creación de autoridades europeas de regulación.

> La utilidad de una función europea de regulación se hace sentir prioritariamente en los sectores que responden al menos a uno de los tres criterios siguientes:
> - criterio n° 1: redes cuya extensión geográfica es europea y que dan lugar a importantes intercambios transfronterizos (…);
> - criterio n° 2: importancia de negociaciones con terceros países (…);
> - criterio n° 3: importancia de consideraciones de interés general dentro de los objetivos determinados por las autoridades públicas y asignados a la regulación del sector (…).[40]

Pero más allá del problema de la legitimidad, la cuestión principal es determinar qué poderes pueden delegarse a las agencias europeas de regulación. ¿Éstas deben permanecer como simples agencias de asistencia, encargadas de ejercer tareas ejecutivas que permitan a la Comisión cumplir con sus misiones, pero desprovistas de verdadero poder de decisión? O, por el contrario, ¿pueden ellas tomar decisiones individuales, excluyendo toda medida normativa de aplicación generalizada? La antigua jurisprudencia de la CJCE marcó los límites al establecer, por una parte, que la "delegación de poderes no se presume y que aunque la comisión esté habilitada para delegar sus poderes, la autoridad delegante debe proferir una decisión expresa para transferirlos", y por otra parte, que "tal delegación puede realizarse solamente sobre el poder de ejecución, estrictamente definido y completamente controlado, según el uso hecho por la Comisión".[41] Justamente la Comisión dedujo de ello que el recurso a las agencias de decisión debería limitarse "a los campos donde sólo prevalezca un interés público, en el que ellas no deban dirimir conflictos

[40] Stoffaes Ch. (dir), 2003. *Ver une régulation européenne des réseaux.* Colección ISUPE, esp. p. 16-17.

[41] CJCE, 13 de junio 1958, *Meroni et Cie c/Haute Autorité de la CECA,* affaire 9/56, IV-11.

entre diferentes intereses públicos, ejercer un poder de apreciación política o proceder a evaluaciones económicas complejas", estas agencias no pueden, en cualquier caso, asumir responsabilidades "relativas al poder de decisión que el tratado CE confiere a la Comisión".[42]

De hecho, todavía no son muchas las agencias que tienen el poder de adoptar decisiones individuales que produzcan efectos jurídicos vinculantes respecto a terceros: es el caso, en grados variables, de la OHMI, de la OCVV y de la nueva AESA. La AESA está dotada de poder de consulta ante la Comisión, de poder de reglamentación técnica (adopción de especificaciones de certificación y de códigos de navegabilidad) y de control (poder de investigación) que puede llevarla a tomar decisiones individuales en contra de operadores del sector aéreo.[43] Una o varias cámaras están previstas al interior de estas agencias para decidir sobre los recursos dirigidos contra sus decisiones, y éstas decisiones pueden a su vez ser susceptibles de un recurso contencioso ante el juez comunitario.

¿Pero debe irse más allá de la asistencia técnica, en particular en materia de seguridad o de conocimiento científico, y pensar que se puede extender el uso de estas agencias a la regulación económica de los servicios públicos en red? En todo caso, la Comisión se plantea esta pregunta en su *Libro verde* sobre los servicios de interés general de mayo de 2003. En efecto, después de haber recordado que la idea había sido evocada y después abandonada a finales de los años 90 en el sector de las telecomunicaciones,[44] la Comisión se pregunta si la nueva agencia de seguridad aérea podría servir de modelo de autoridad reglamentaria europea, en la medida en que ésta va a realizar misiones (en particular en materia de certificaciones y de navegabilidad) que realizaban hasta

[42] COM (2002) 718 precitado, especialmente página 12.

[43] Para más detalles, ver Rodrigues St., 2003. "Transportes aéreos", *Répertoire communautaire Dalloz,* enero, esp. parágrafos 78-83.

[44] La Comisión solicitó dos estudios independiente sobre este tema: Eurostratégies/Cullen International, 1999 (diciembre). *The possible added value of a European Regulatory Authority for Telecommunications* y Nera & Denton Halll, 1997 (marzo). *Issues Associated with the creation of a European Regulatory Authority for Telecommunications.*

ahora las autoridades nacionales de la aviación civil.[45] En consecuencia, podría ocurrir lo mismo con la futura Agencia Ferroviaria Europea.

En cualquier caso, esto amerita una reflexión más profunda para preguntarse sobre la forma en que se puede dotar a las agencias europeas de regulación de una mayor claridad y seguridad jurídica, ya sea a partir de derecho constante, por ejemplo mediante la adopción de un reglamento-marco por parte del Consejo, que tratara el estatus de las agencias de regulación encargadas de ciertas tareas relativas al control y a la implementación de las reglas del tratado en los sectores de redes, siguiendo el modelo del reglamento 58/2003/CE antes citado, o si no, haciendo evolucionar el derecho positivo, con la introducción en el tratado mismo de una nueva base jurídica específica para las agencias de regulación, que podría crearse en forma de establecimientos públicos comunitarios.[46] Recordemos que, en una Resolución de 1993, el Parlamento Europeo había resaltado

> La importancia de un marco uniforme para la implementación y el funcionamiento de los organismos y agencias especializadas, tanto para mejorar su eficiencia como para facilitar el control parlamentario e implementar un sistema transparente y racional.[47]

Por ahora las ARN de los Estados se han agrupado, gracias a su propia inciativa, en asociaciones europeas tales como el Consejo de Autoridades Reglamentarias Europeas en el campo de la Energía (CEER), del Comité Europeo de Reglamentación Postal (CERP) o de la *Joint Aviation Authorities* (JAA). Pero más original fue la instauración de dos *estructuras de coordinación y*

[45] Comisión Europea, *Livre vert sur les services d´intérêt général,* COM(2003) 270 final del 21 de mayo de 2003 especialmente parágrafo 59 del Anexo.

[46] Desde esta perspectiva, ver Rodrigues St., 2003 "Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des agences européennes", en: Stoffaes Ch., (dir.), precitado, especialmente p.199-206.

[47] Punto10 de la resolución no. 13-414/92 del Parlamento Europeo del 19 de enero sobre la creación y el funcionamiento de los organismos y agencias especializadas. *JOCE* C 42 del 15 de febrero de 1993, p. 63-64.

de cooperación entre las ARN para los sectores de la electricidad (el llamado Forum de Madrid) y del gas (llamado Forum de Florencia), que se reúnen bajo la presidencia de la Comisión para debatir asuntos de interés común y tratar de aportar respuestas comunes. Sin embargo, ante los límites de un ejercicio como éste, la Comisión propuso crear estructuras más operacionales que puedan servir de conexión entre ella y las ARN. Así, la Comisión instituyó, en julio de 2002, un Grupo de Reguladores Europeos (GRE) en el ámbito de las comunicaciones electrónicas,[48] y en noviembre de 2003, un Grupo de Reguladores Europeos en el campo de la electricidad y el gas.[49]

Sin embargo, el fortalecimiento de esta cooperación debe garantizar un equilibrio que respete las competencias respectivas de los Estados y de la Comunidad. Como lo resalta el Vice-Presidente de la Comisión Europea encargado de la energía y los transportes, por un lado, en la medida en que "una convergencia entre los sistemas de regulación de los diferentes países hiciera más fácil el funcionamiento del mercado para los actores multinacionales" sería útil llegar a enfoques similares gracias al desarrollo de la cooperación entre reguladores. Pero, por otro lado "las estructuras y las especificidades de los Estados miembros deben igualmente dejar un espacio para la subsidiariedad".[50]

Es en este sentido que el Parlamento Europeo en su resolución de enero de 2004 sobre el *Libro Verde SIG* de la Comisión, "no considera por el momento la hipótesis de reguladores europeos a nivel sectorial, sino que solicita el fortalecimiento de la coordinación y de la cooperación entre las autoridades encargadas de la regulación nacional en aras de coherencia".[51]

El debate está por lo tanto abierto, pero no puede centrarse sólo en aspectos institucionales y estructurales de la regulación. Una reflexión sobre

---

[48] Decisión 2002/627/CE precitada de la Comisión.

[49] Ver decisión 2003/796/CE de la Comisión del 11 de noviembre de 2003 que instituye el grupo de reguladores europeos en el ámbito de la electricidad y del gas (*JOUE* L 296 del 14 de noviembre de 2003, p. 34-25).

[50] De Palacio, L., 2003. "Garantir les droits des consommateurs", *RTE Mag* (revue du gestionnaire de réseau de transport d´électricité), París, no. 9, especialmente página 12.

[51] Resolución PE del 14 de enero de 2004, especialmente el punto 42 sobre el informe del diputado Herzog: *cf. Documents de l'Agence Europe*, no. 2345 del 23.1.2004.

las relaciones entre el órgano y la función es inevitable y conduce a comprobar igualmente el enriquecimiento de las normas de regulación de los servicios públicos por parte del derecho sustantivo comunitario.

II. El enriquecimiento de las normas de la regulación

El enriquecimiento sustancial de la regulación de los servicios públicos por parte del legislador comunitario se manifiesta, en primer lugar, en un reconocimiento constitucional del derecho de acceso de los ciudadanos a esos servicios. El artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en el proyecto de Constitución Europea figuraba como artículo II-36, enuncia en efecto que:

> La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general tal como está previsto por los legisladores y las prácticas nacionales, en conformidad con el tratado CE, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

Sin analizar en detalle el alcance de una disposición que consagra "no tanto un derecho sino un principio fundamental",[52] se puede hablar del enriquecimiento de la teoría de la regulación a través de la posible utilización del derecho de acceso a los Servicios de Interés Económico General como "instrumento de promoción de los derechos sociales en el marco del Mercado Interior".[53]

Sin embargo, hasta ahora, el aporte del derecho comunitario a las normas de regulación encuentra una expresión más clara y operacional a través de dos movimientos paralelos: por una parte, el reconocimiento y la actualiza-

[52] En este sentido, ver Grard L., 2003. "Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l´Union pour le concept de service d´intérêt général", en Vandamme, J., Rodrigues St. (dir.). *L'accès aux services d´intérêt économique général*, éditions ASPE Europe, especialmente p. 31-47.

[53] En este sentido ver: De Schutter, O., 2005. "Le droit d´accès aux services d´intérêt économique général comme instrument de promotion des droits sociaux dans le cadre du Marché intérieur", en: Vandamme, J., Rodrigues St. (dir.), *op. cit.*, p.69-90.

ción de los principios tradicionales del servicio público (**A**) y, por otra parte, la afirmación de nuevos principios de gestión (**B**).

A. La renovación de los principios tradicionales del servicio público

Ya sabemos, que lejos de ignorar los principios fundamentales que rigen el funcionamiento de los servicios públicos, el derecho comunitario los consagra al actualizarlos: lo que la doctrina francesa ha identificado como las "leyes del servicio público" a través del tríptico: igualdad, continuidad y adaptabilidad. El artículo 16 antes citado del tratado CE es su ilustración más solemne, anclada en el derecho originario, cuando solicita a los Estados miembros y a la Comunidad a velar por el buen funcionamiento de los servicios públicos "sobre la base de principios y en condiciones que les permitan cumplir sus misiones". El proyecto de Constitución Europea proponía modificar esta referencia, de una parte, para precisar que dichas condiciones son "en especial económicas y financieras", y, por otra parte, para agregar que "la ley europea define esos principios y condiciones". Esta última adición puede revestir toda su importancia en el marco del mandato que el Consejo Europeo de Barcelona (junio de 2002) dio a la Comisión para reflexionar sobre la conveniencia de proponer una directiva-marco sobre los Servicios de Interés General,[54] hipótesis que el *Libro Verde* antes citado de mayo de 2003, se contenta con evocar de forma relativamente abstracta.[55]

Por el momento, una declaración interpretativa del artículo 16, que se anexó al tratado de Ámsterdam, permite precisar su alcance al enunciar que las disposiciones deben implementarse "con pleno respeto por la jurisprudencia de la Corte

[54] Rodrigues St., 2002, "Réforme des entrerprises de réseau et services publics de qualité: le mandat de Barcelone", *Revue du marché commun et de l´Union européenne,* n°. 458, p. 291-298.

[55] La idea de directiva-marco podría por lo tanto ceder el paso a la idea de un reglamento, pues recordemos que la *Loi européenne*, en el sentido del proyecto de Constitución, remplazaría al actual reglamento del tratado CE en tanto que acto de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y aplicable a todos los Estados miembros: *cf.* proyecto precitado del 18 de julio de 2003 del tratado que establece Constitución para Europa.

de Justicia, en aquello que concierne, entre otros, a los *principios de igualdad de tratamiento, así como de calidad y de continuidad de esos servicios"*.

El juez comunitario, al adoptar un enfoque funcional, identifica en efecto el servicio público a través de su régimen y sus restricciones de gestión. Es suficiente recordar los términos del fallo "Corbeau" de 1993 a propósito del servicio público de correos:

> No podría rebatirse que la administración postal [belga] tiene a su cargo un servicio de interés económico general que consiste en la obligación de asegurar la recolección, transporte y distribución del correo, en beneficio de todos los usuarios, sobre el conjunto del territorio del Estado miembro interesado, con tarifas uniformes y con condiciones de calidad similares, sin importar las situaciones particulares y el grado de rentabilidad económica de cada operación individual.[56]

El derecho derivado comunitario se inscribe en la misma línea, al seguir el ejemplo del *concepto de servicio universal* que desarrolló originalmente respecto del sector de correos y telecomunicaciones y que, hoy en día, se extiende al sector de la electricidad, en este último caso concreto, al otorgar a los clientes residenciales el derecho a "ser aprovisionados, en su territorio, de electricidad de calidad bien definida, y a precios razonables".[57] Así se pasa entonces de la frontera de los principios tradicionales a los nuevos principios del servicio público.

B. La afirmación de nuevos principios de servicio público

Se hablará de nuevos principios en el sentido de que "las obligaciones de servicio universal se muestran (…) superiores, en el Estado, a aquellas del servicio público a la francesa, puesto que ellas imponen (…) la posibilidad de acceso al servicio en cualquier parte del territorio a precios abordables para todos

[56] CJCE, 19.5.1993, affaire C-320/91, Paul Corbeau c/ Régie Royal des Postes belges, rec. I-2583.

[57] *Cf.* artículo 3.3 de las directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE precitados.

los usuarios, mientras que la igualdad ante el servicio público en derecho francés nunca implicó, por supuesto, la gratuidad y ni siquiera la existencia de normas sobre tarifas máximas para exigir que el servicio fuese accesible para todas las personas".[58] Ocurre lo mismo con la *exigencia de calidad*, que puede traducirse por la remisión a normas técnicas adoptadas por un organismo de estandarización, como en el caso de las telecomunicaciones[59] o que, como en el sector postal, presentan la originalidad de ser en parte definidas directamente por el Consejo y el Parlamento Europeo.[60]

Esto se verifica, a propósito de la exigencia de calidad, así como en el hecho de que las directivas adicionen a las exigencias del servicio universal obligaciones suplementarias. Se habla así de "obligaciones de servicio social", en el sector de las telecomunicaciones, cuando, más allá del suministro de servicios de información, directorios telefónicos y de la instalación de teléfonos públicos, se toman ciertas medidas particulares a favor de los usuarios discapacitados;[61] mientras que en el sector de la electricidad se habla de "medidas apropiadas" para proteger a los clientes finales y para velar en particular por "garantizar una protección adecuada de los consumidores vulnerables, incluso mediante medidas destinadas a ayudarles a evitar una interrupción del suministro de energía".[62] Sin embargo, teníamos la tendencia a olvidar que, aunque estas medidas ya estaban parcialmente implementadas por una empresa como Electricidad de Francia (EDF) en Francia, esto no era sino en razón de una política interna o de instrucciones de tutela, pero en ningún caso en aplicación de una

[58] Lombard, M., 1998. "Service postal communautaire", *AJDA,* 718.

[59] *Cf.* Artículos 11 y 22 de la directiva 2002/22/CE del parlamento europeo y del Consejo del 7 de marzo de 2002 referentes al servicio universal y los derechos de los usuarios respecto a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (directiva "servicio universal") que remiten al Anexo III de la directiva para los indicadores relativos a la calidad del servicio, en referencia a las normas del ETSI (*European Telecommunications Standards Institute)*.

[60] *Cf.* Anexo a la directiva 97/67/CE referente a las normas de calidad para el correo comunitario transfronterizo, que se definen en relación con la duración de envío para los correos de la categoría normalizada más veloz, es decir máximo tres días más para al menos el 85% de los envíos y máximo 5 días más para al menos el 97% de los envíos.

[61] *Cf.* Artículo 7 de la directiva 2002/22/CE precitada.

[62] *Cf.* Artículos 3.5 de las directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE precitados.

norma legislativa nacional. El derecho comunitario ha entonces proporcionado las bases.

Podrían suministrarse otros ejemplos de obligaciones nuevas o renovadas bajo una apariencia de servicio público, con relación a las exigencias de *protección del medio ambiente* o de *cohesión económica y social,* y confirmadas por cierto por las Cortes de los Estados miembros.[63] La lógica solicita interrogarse incluso sobre el surgimiento, no de exigencias europeas de servicio público sino de nuevas exigencias de servicio público europeo: ocurre así, a título ilustrativo, con la exigencia de interoperabilidad y/o de interconexión de las redes de servicio público que, impuesta por la mayoría de las directivas de liberalización, responde así a objetivos comunitarios de establecimiento y de desarrollo de las redes transeuropeas.[64]

***

Así, la dimensión institucional vuelve a la superficie, con la cuestión de la creación eventual de servicios públicos europeos, en el sentido orgánico del término, similares al servicio postal o a las vías férreas estadounidenses, lo que constituiría, sin duda, un nuevo aporte significativo del derecho comunitario a la teoría de la regulación de los servicios públicos, especialmente en términos de la repartición de competencias para la definición de las reglas de juego.

En su proyecto de informe para el Parlamento Europeo sobre el *Libro Verde SIG* de la Comisión, el diputado Philippe Herzog no fue tan lejos, pero insistía sin embargo en la necesidad de disponer de un "método de regulación fundado en la co-responsabilidad entre los Estados miembros y la Unión Europea",[65] lo que equivale a aplicar al pie de la letra el artículo 16 del tratado CE, que ha permanecido como letra muerta hasta el presente. Sin embargo, la resolución final adoptada por el Parlamento Europeo sobre el *Libro Verde SIG* rechazó

[63] En la aplicación del artículo 86.2 del tratado CE en tanto que régimen derogatorio a las reglas del tratado, en particular a aquellas de la competencia: *cf.* CJCE, 23 de octubre de 1997, Francia c/Comisión, caso C-159/94, a propósito de las restricciones a la adecuación del territorio y de la protección del medio ambiente impuestas a la EDF.

[64] Título XV del tratado CE.

[65] Proyecto de informe Herzog a nombre de la Comisión Económica y Monetaria del Parlamento Europeo, documento PR/499292FR del 18 de junio de 2003.

la idea de una directiva-marco, al estimar que "ninguna directiva puede suministrar una definición europea uniforme de los servicios de interés general considerando que la definición y la organización de esos servicios permanecerán bajo el dominio exclusivo de los Estados miembros y de sus subdivisiones constitucionales".[66]

Se puede esperar, en la interpretación del futuro artículo de la Constitución europea que modificará el actual artículo 16 CE, que la Corte de Justicia continúe privilegiando una aproximación equilibrada y preocupada por reflejar el conjunto de objetivos asignados a la Unión. Y es tanto así que en el antiguo proyecto de Constitución para Europa, el artículo III-6 debía convertirse en una "clausula de aplicación general", llamada a servir de referencia para el conjunto de disposiciones de la Constitución, incluidas aquellas referentes al mercado interior y a la competencia.[67] El juez comunitario debería por lo tanto lógicamente seguir participando plenamente en la afirmación y consolidación de una teoría de aquello que podríamos designar como la nueva "co-regulación", europea y nacional, de los servicios públicos, asociando así a todos los actores.[68]

Quedaría entonces por pasar los resultados de esta co-regulación por el filtro de una evaluación pública y pluralista en términos de rendimiento de los servicios públicos y de respuesta a las expectativas de los ciudadanos-usuarios; pero esto no pertenece (y no tendría por qué pertenecer) al campo del derecho y deja ya entrever las perspectivas políticas de otro debate y de otro estudio.

---

[66] Punto 18 de la resolución precitada del 14 de enero de 2004.

[67] Artículos III-11 a III-46 (mercado interior) y artículos III-47 a III-55 del proyecto de Constitución, precitado.

[68] Aproximar a la definición de la "co-regulación" dada por el Acuerdo inter-institucional del 16 de diciembre de 2003 entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre el tema "legislar mejor", especialmente el punto 18: "Se entiende por co-regulación el mecanismo mediante el cual un acto legislativo confiere la realización de objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes concernientes reconocidas en ese ámbito (en particular los operadores económicos, los actores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones)", *JOUE* C 321 del 31.12.2003, p. 1-5.

El control jurisdiccional de la regulación*

Martin Bullinger**

I. Valores generales del control jurisdiccional

En la mayor parte de países europeos, el control jurisdiccional no se considera como un elemento importante de la regulación.[1] Sin embargo, parece que las influencias recíprocas de los derechos nacionales y del derecho europeo podrían transformar esta situación.

A. El control jurisdiccional como última instancia según las directivas europeas

Varias directivas europeas exigen que sean establecidos instrumentos de control eficaces para los servicios públicos de monopolio que se transforman en servicios competitivos "regulados". Sin embargo, esas directivas evitan inmiscuirse en las particularidades del control que cada país miembro decida establecer al respecto. La directiva marco para las telecomunicaciones del 7 de marzo de 2002 exige que, en cada Estado miembro, existan "mecanismos eficaces" de control. Estos mecanismos deben permitir a cada usuario u operador, que se vea afectado por una decisión de la autoridad reguladora, poder acudir ante un "órgano independiente de las partes interesadas" que "puede ser un tribunal". Si este organismo de control no es un tribunal, su decisión "puede ser reexaminada por una jurisdicción en el sentido del artículo 234 del tratado". La última palabra corresponde entonces a un tribunal independiente *strictu sensu*. En su conjunto las directivas consideran múltiples procedimientos para proteger los intereses de los particulares o de las empresas afectadas. Los *procedimientos*

* Agradezco por sus aportes a Micheline Bullinger, Dario Mock y Stephane Neidhart.

** Profesor emérito de la Universidad de Friburgo.

[1] Ver los informes nacionales (en el segundo volumen) de Ulla Neergand (Dinamarca), Heikki Kulla (Finlandia), Francis Delpérée (Bélgica), Domenico Sorace (Italia), John F. McEldowney (Gran Bretaña), George Dellis (Grecia); Manuel Porto (Portugal) no hablan expresamente del tema. Para el caso de Alemania y la diferencia que muestra con otros países ver Martin Bullinger.

administrativos mismos deben ser *transparentes* y *participativos.* En caso de conflicto, los procedimientos de conciliación o de arbitraje deben permitir una solución rápida y poco onerosa. Un procedimiento *jurisdiccional* ante un tribunal *strictu sensu*, relativamente lento y costoso, constituye entonces la última instancia.[2]

B. La protección jurisdiccional de los derechos individuales como elemento esencial del Estado de derecho en el sentido alemán

Actualmente el control jurisdiccional ejercido por los tribunales no debería ser solamente el refugio final. Este control es un elemento esencial de la concepción del *Estado de derecho* adoptado en teoría, hoy en día, en casi todos los países de Europa. Su extensión y sus reglas difieren sin embargo de país a país, en particular en Inglaterra, Francia y Alemania. En 1949, Alemania introdujo una garantía constitucional que permite a cada persona verificar a través del control jurisdiccional de legalidad toda acción del Estado concerniente a sus derechos (art. 19 IV de la Constitución Federal). Este control jurisdiccional general, considerado como una victoria del Estado de derecho, ha sido exportado con éxito por Alemania fuera de sus fronteras. Así, mientras que la Convención Europea de derechos del Hombre de 1950 no garantiza la protección jurisdiccional sino para los "derechos de carácter civil",[3] la nueva Carta de Derechos Fundamentales de 2001 de la Unión Europea extiende esa garantía a todos los derechos y libertades acordadas por esa misma Carta.[4]

Parece sin embargo que hasta el día de hoy los tribunales no han desempeñado un papel importante en el control de la regulación, a excepción de Alemania, en donde, los litigios en el campo de las telecomunicaciones permiten que muchos juristas se ganen la vida. Ahora bien, las directivas europeas, y su transformación por parte de las reglamentaciones nacionales, contribuyen a hacer cada vez más precisas las reglas de la regulación, y por ende se prestan

[2] Ver por ejemplo el artículo 20 de la directiva marco para las telecomunicaciones.

[3] Art. 6

[4] Art. 47.

a un mejor control por parte de los tribunales nacionales y europeos. Con el tiempo, los tribunales podrían entonces jugar un papel más importante, como lo indica John F. McEldowney para el caso de Inglaterra.[5]

C. Las finalidades objetivas del control jurisdiccional según las concepciones francesa e inglesa

Esto no quiere decir que la idea alemana de un "Estado de derecho" que asegura una protección jurisdiccional general de los derechos de las personas se impondrá en toda Europa, entre otros en el campo de la regulación. Por el contrario, las concepciones francesa e inglesa que visiblemente influencian las directivas europeas han tenido repercusiones en Alemania.[6] Según la larga tradición francesa, el demandante ante el tribunal administrativo inicia un control *interno* de la administración y contribuye principalmente a hacer valer el derecho objetivo.[7] En la noción tradicional inglesa, el demandante en un proceso de control jurisdiccional del gobierno contribuye a mejorar su funcionamiento, en aras del interés público y del suyo propio.[8] En lo que concierne a los medios tradicionales como el *certiorari,* equivalente al recurso por exceso de poder en Francia, el demandante no puede atacar el acto directamente ante el tribunal competente. Hoy en día, su queja debe ser admitida primero o más bien autorizada por el tribunal, que es lo mismo que hacía el rey como autoridad suprema, hace un tiempo. Esta decisión aún es discrecional. El poder discrecional permite hacer valer, entre otros, las consideraciones de interés público.[9]

Estas concepciones nacionales son fundamentalmente diferentes de las concepciones alemanas y tienen cierta influencia sobre la formación de un

---

[5] Ver John F. McEldowney, "Informe sobre Inglaterra", segundo volumen.

[6] Ver Masing, J., 1997. *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Berlin.

[7] Masing, J., 1997, *op.cit., p.83 s.* En el recurso clásico por exceso de poder ante el Consejo de Estado, el rol del demandante no es muy importante puesto que, a pesar de que puede hacer observaciones, es el "comisario del gobierno" el que prepara y propone "objetivamente" la decisión.

[8] El informe de J.F. McEldowney muestra que el aspecto de una "buena" administración es dominante.

[9] Siempre cuando estas estén incluidas dentro de los fines del poder discrecional.

derecho administrativo europeo. Ese derecho administrativo "común" se impone a los derechos nacionales. Los órganos nacionales deben a su vez decidir si adaptan el derecho administrativo en su totalidad o si conservan tanto como sea posible su propia "identidad".[10]

En cuanto al control jurisdiccional, Alemania se ve confrontada a la sugerencia de abandonar su concepción puramente individualista y de aproximarse un poco a las concepciones "objetivas" francesa e inglesa al reconocer que el demandante tiene también la misión pública de hacer respetar el derecho objetivo por ejemplo en el ámbito del derecho del medio ambiente.[11] Francia, por su parte, se aproxima parcialmente al derecho alemán, entre otros, al adoptar como tarea de los tribunales administrativos, además de la defensa del buen funcionamiento de la administración, la protección del individuo.[12] En Inglaterra, la transformación de la comisión "judicial" de la Cámara de los Lores en un tribual supremo[13] muestra la voluntad de adaptarse al estándar europeo.

Para comprender mejor la interacción entre el derecho europeo y los derechos nacionales en el ámbito del control jurisdiccional de la regulación, analizaremos primero la finalidad subjetiva de una protección de los derechos e intereses individuales (**II**) para tratar después la finalidad objetiva que consiste en mejorar el funcionamiento de la regulación para beneficio del interés general (**III**).

II. La protección jurisdiccional de los derechos individuales

A. Una protección rudimentaria antes de la liberalización

Para darse cuenta del rol que el juez podría desempeñar para defender los derechos individuales en el ámbito de los servicios de interés económico general,

[10] Ver también Schoch, VBIBW 2003, 297.

[11] Ver Masing, J., 1997. *Op. cit.,* en referencia a Ehlermann, FS Pescatore, p.205, 216 s.

[12] Ver Fromont, M., 2004. *Mélanges Franck Moderne.* París, Dalloz, p.1119, 1129 s. Él considera que el mismo cambio se da en los países que habían escogido el derecho francés como modelo de su jurisdicción administrativa.

[13] Bien analizado por Sydow, ZaöRV 64 (2004), p. 65 s.

como las telecomunicaciones, es conveniente primero estudiar la situación *tradicional.*

Antes de la liberalización, servicios como las telecomunicaciones, el correo o las vías férreas eran por lo general gestionados por el Estado o en concesión por otras entidades públicas o privadas.[14] La reglamentación de esos servicios por la ley o por disposiciones internas era (frecuentemente) dictada por consideraciones unilaterales de interés público y no por los intereses reales de los "consumidores". El consumidor debía contentarse con aquello que el Estado providencia le ofrecía, directa o indirectamente, por intermediación de sus "servicios públicos".[15] El juez tenía pocas posibilidades de intervenir e incluso la responsabilidad del Estado por falla del servicio o por incumplimiento era restringida; esta responsabilidad no existía en Alemania, por ejemplo, para la pérdida por parte de la agencia de correos de cartas o paquetes, bajo el pretexto de que ésto permitía conservar las tarifas bastante bajas.[16]

B. Una protección extendida después de la liberalización

A raíz de la liberalización, el Estado, que hasta entonces era solamente operador de servicios típicamente monopolísticos, debe transformarse en *controlador* de los servicios competitivos. Los operadores liberalizados, privados o públicos, deben[17] en cada país de la Unión Europea tener libre acceso a los diferentes servicios.[18] Los operadores liberalizados y los nacionales solamente tienen el deber de respetar las obligaciones "sociales" indispensables, fijadas por ley, reglamento o contrato, sobretodo en el marco de los servicios univer-

[14] Una "concesión" permitía a las empresas privadas "intervenir" en el "servicio público".

[15] Ver Chevallier, J., 1997. *Le service public.* PUF, 4ed., p. 85 s.

[16] El responsable de una sociedad alemana de seguros estimó que la responsabilidad por las perdidas habría representado para la agencia de correos un porcentaje mínimo de la tarifa (algunas fracciones de centavo) en primas de seguros.

[17] La Electricidad de Francia (EDF) deberá tener las mismas oportunidades para suministrarle electricidad a la Universidad de Friburgo que la empresa alemana Badenova.

[18] La Corte Europea de Justicia acaba de establecer que las subvenciones para los servicios de transporte local o regional (que el tribunal había aprobado recientemente) no deberían estar reservadas a las empresas municipales, bloqueando así el acceso de los candidatos extranjeros (decisión Italia/, Comisión del 29 de marzo de 2004 referente al transporte regional, C 372/92 no 2 ss y C 298/1000 no 54 ss.

sales. Las relaciones de los operadores con los consumidores se rigen entonces por contratos individuales o estandarizados.

Así, se forman varios tipos de relaciones jurídicas sometidas al control jurisdiccional.

1. Entre la autoridad de regulación y el ministro

Las relaciones entre la autoridad de regulación y las instancias superiores del Estado, en particular el ministro, son en general algo que concierne a la organización *interna* del Estado en la que el juez no puede intervenir.[19] Sin embargo, cuando la ley le asigna a la autoridad de regulación *independencia* frente al poder político o administrativo, no se excluye que el derecho nacional permita a la autoridad defender su independencia ante un tribunal. No parece estar excluida tampoco, la intervención de los operadores o de los consumidores cuyos derechos o intereses están en juego.[20]

2. Entre la autoridad de regulación y los operadores

En el "antiguo régimen", las relaciones entre el Estado y sus unidades de servicio público eran normalmente de orden interno, y las decisiones tenían el carácter de instrucciones del superior al subordinado. Después de la liberalización, las relaciones jurídicas entre la autoridad de regulación y los operadores independientes corresponden a aquellas que existen entre el Estado y los ciudadanos: la autoridad decide unilateralmente y el operador concernido puede impugnar la decisión ante el tribunal competente. Si se celebra un contrato, los conflictos que de ello resultan son de orden "exterior" y pueden por lo tanto llevarse ante un tribunal.

Las relaciones jurisdiccionales que nacen de estas relaciones conciernen con frecuencia a varias partes; una decisión tomada por la autoridad de regulación respecto a un operador puede tener entonces consecuencias para los otros

[19] Sin embargo, el derecho nacional puede admitir que una autoridad pública denuncie a otra al respecto, ver par. 61 no. 3 del *Verwaltungsgerichtordnung* (VwGO) alemán.

[20] El parágrafo 65 II del VwGO alemán dispone que podrían intervenir todos aquellos cuyos intereses jurídicos se vieran afectados.

operadores. Es por ello que éstos tienen un derecho legítimo a *intervenir.* Es el caso que se da por ejemplo cuando la autoridad decide sobre el acceso de un operador de telefonía a la red que domina el mercado y decide de tal manera ampliar la competencia.

3. Entre operadores

Le corresponde al derecho nacional decidir si los *operadores* pueden perseguirse jurídicamente entre sí ante un tribunal, sin interposición de la autoridad de regulación.

En el derecho alemán, un operador puede establecer acciones legales contra otro directamente ante el tribunal civil competente cuando se trata de hacer respetar *las reglas generales* de la competencia. Si se trata por el contrario de las reglas específicas de regulación del servicio público en cuestión, la ley le da por lo general prioridad a un procedimiento de control que realiza la autoridad de regulación. En este procedimiento participan las dos partes, que también pueden iniciar un recurso ante el tribunal *administrativo* competente. Si, para dar una ejemplo eminentemente práctico, el propietario de una red de telecomunicaciones se rehúsa a permitir a su competidor el acceso a condiciones no discriminatorias, éste debe (en Alemania) dirigirse a la autoridad de regulación para que ésta decida, y su decisión puede controlarse mediante un recurso ante el tribunal administrativo.

4. Conflicto que implica directa o indirectamente al consumidor

Conviene distinguir entre los grandes consumidores no residenciales,[21] por ejemplo un productor de aluminio que utilice grandes cantidades de electricidad, y los pequeños consumidores residenciales, por ejemplo los millones de hombres o de mujeres que utilizan aparatos eléctricos.

Los grandes consumidores son capaces de utilizar individualmente su poder económico para obtener condiciones satisfactorias. En conjunto, por medio de asociaciones, ellos se vuelven socios de convenciones realizadas con

[21] Según la directiva Electricidad 2003, art. 2 XX versión francesa.

los operadores sobre las condiciones de utilización de las redes.[22] Son ellos quienes más se benefician de la liberalización, normalmente sin tener que depender de la protección jurisdiccional.

Los pequeños "consumidores" residenciales se dirigen más bien a la autoridad de regulación o a las oficinas de quejas de las empresas que les proveen el servicio[23] porque no ven la utilidad de hacerlo ante los tribunales. En el sistema de servicios competitivos, el precio y la calidad del servicio son fijados de forma unilateral por los operadores, salvo si éstos son impuestos por leyes o reglamentos. Según las ideas liberales, la competencia garantiza, entre otros, que la oferta responda lo mejor posible a la demanda de los consumidores con el fin de atraerlos. Sin embargo, el consumidor debería por lo menos tener la posibilidad de verificar cuál es el mejor servicio al precio más bajo. Esto es posible en Alemania para el servicio telefónico, así las personas pueden informarse por Internet todos los días, y una vez por semana en el periódico local, sobre el servicio que en ese momento es más barato y así escoger el prefijo telefónico. En Francia este *call by call* no está autorizado para no exponer a France Telecom a una competencia muy fuerte.

Por el contrario, hace falta transparencia en Alemania y en otros países europeos en cuanto al consumo residencial *de electricidad* puesto que los consumidores son prácticamente incapaces de saber cuáles son las ventajas para cambiar de proveedor, tal como lo permite la ley. Que yo sepa, no hay servicio alguno que provea los datos necesarios. De hecho, incluso en Alemania, a pesar de la protección jurisdiccional general, el recurso a un tribunal para liberarse de la dependencia de hecho al proveedor tradicional no puede prácticamente ser utilizada por parte de los pequeños consumidores, simplemente por falta de información.

---

[22] Como en el campo de la electricidad en Alemania (ver Martin Bullinger, Tomo 2). Ver sin embargo la edición del Frankfurter Allgemeine Zeitung del 8 de junio de 2004, p. 15, referente a las denuncias de algunos grandes consumidores expuestos según ellos a presiones de los grandes proveedores oligopolísticos.

[23] En Italia, cada operador está obligado a tener una oficina como estas para atender las quejas de sus clientes (ver Domenico Sorace, Tomo 2).

El derecho inglés obliga al menos a *la autoridad de regulación* de la electricidad a publicar regularmente la información necesaria para los consumidores, facilitando la protección jurisdiccional de sus intereses.[24]

En todos los Estados de la Unión Europea sería conveniente mejorar la transparencia en la protección jurisdiccional de los simples ciudadanos y consumidores.[25]

C. La extensión del derecho subjetivo a la protección jurisdiccional

Sin embargo, ofrecer una protección jurisdiccional *transparente* no es suficiente en la medida en que la protección misma no se adapta a las necesidades de los interesados en los nuevos servicios competitivos regulados que buscan soluciones.

Tradicionalmente, el acceso a los tribunales, y sobretodo a los tribunales administrativos, no se concede a todos los actores. Es necesario que éstos aleguen que sus derechos (en Alemania) o sus intereses legítimos (en Francia) han sido violados. En cuanto a los servicios de interés general regulados en Alemania a partir de su liberalización, la legislación reconoce ampliamente los *derechos* de los consumidores y reconoce que son justiciables, cuando se distinguen de los intereses puramente públicos que no dan en todos los casos acceso directo al tribunal.[26] La nueva ley de 2004 referente a las telecomunicaciones concede derechos justiciables a todos aquellos que se ven "afectados" por una ley, un reglamento o una decisión de regulación. Esta revisión podría indicar

[24] Ver J.F. McEldowney, segundo volumen. El efecto es significativo: 38% de los hogares ingleses habían cambiado hasta el 2001 de proveedor de electricidad, comparado con el 3.7% de Alemania. (Bakay, 2003. *Kundenbindung von Haushaltstromkunden*). En Alemania, todavía no se reconoce de manera general el derecho a estar informado; Sin embargo, el Tribunal administrativo federal acaba de reconocer (2 de julio de 2003, NVwZ 2003, s. 1114) tal derecho a una empresa que quería verificar sus posibilidades de obtener una licencia de transporte para buses y tranvías.

[25] La nueva directiva 2003 para el mercado de la electricidad (ABL L 176/37 del 15 de Julio de 2003) obliga a los Estados-miembros a asegurar que los pequeños consumidores puedan realmente cambiar de proveedor y obtener la información necesaria (art. 3, anexo A punto C: información transparente sobre los precios y las condiciones estándar de acceso a los servicios de electricidad).

[26] Ver Martin Bullinger, *infra.*

que los intereses del consumidor se van a tomar más en cuenta. En Francia, el Consejo de Estado extiende prudentemente el dominio de los intereses legítimos justiciables al incluir, entre otros, los intereses competitivos que se multiplican en los nuevos servicios regulados.[27] Los Estados dudan respecto de la necesaria transformación de todos los intereses de los consumidores en intereses justiciables, sobretodo en lo que concierne la planificación y organización de un servicio puesto que en este ámbito, el juez no siempre es bienvenido como árbitro.

III. Las finalidades objetivas del control jurisdiccional de la regulación

La prudencia con la que se extiende el control jurisdiccional de la regulación muestra que el objetivo de este control no es únicamente el de impartir justicia en el sentido del Estado de derecho en Alemania, sino también contribuir al buen *funcionamiento* de los servicios de interés general, en el sentido francés o inglés (ver *supra* **I C**). Visto desde este ángulo, el control jurisdiccional es, entre otros, uno de los instrumentos que existen para *mejorar* los servicios regulados. Esta "instrumentalización" obliga a evaluar el efecto social del control jurisdiccional y a compararlo con el de otras soluciones, a fin de llegar a una "mejor" administración.

A. La necesidad de moderar la protección de los derechos e intereses individuales en consideración de los objetivos sociales

En el campo de la regulación, no sería entonces deseable perfeccionar aisladamente la protección jurisdiccional de los derechos e intereses individuales y de realizar así plenamente el principio del Estado de derecho en el sentido alemán. Tal perfeccionamiento podría llevar a frenar o a deteriorar seriamente el servicio y por lo tanto a poner en peligro el objetivo principal de poner a

[27] Ver Bullinger, M., 2003. "Französischer service public und deutsche Daseinvorsorge", *JZ*, p. 597, 601 nota 36, que se refiere al Consejo de Estado, *Rapport public 2002*, Estudios y Documentos 53, La Documentation française, Considérations générales du Conseil de l´État: Collectivités publiques et concurrence, p.215 s., al explicar la extensión del control del Consejo de Estado al campo de la competencia.

disposición de los ciudadanos las prestaciones indispensables en condiciones satisfactorias. Para evitar ese peligro, podría bastar, entre diferentes opciones, como ocurre en Alemania, no dar efecto suspensivo al recurso presentado contra la decisión de la autoridad de regulación que pretenda mejorar el servicio, como cuando se autoriza por ejemplo a un nuevo operador telefónico a pesar de las objeciones de los operadores establecidos.

Un perfeccionamiento aislado de la protección jurisdiccional de derechos e intereses individuales, y por esa vía del principio del Estado de derecho en el sentido alemán, podría entrar en conflicto con la responsabilidad del Estado de asegurar el buen funcionamiento de los servicios de interés público. Esta responsabilidad permanece intacta, bajo la forma de garantía de funcionamiento de dichos servicios, a pesar de la liberalización y la privatización del servicio. En Gran Bretaña, sobretodo, el gobierno se reserva el derecho o la posibilidad de orientar o reorientar el funcionamiento de un servicio y de su control, para reaccionar de forma flexible a las experiencias negativas, tal como en el caso del deterioro de las vías férreas que se presentó después de la liberalización.[28] El derecho nacional puede en un caso similar, restringir la protección jurisdiccional de "derechos adquiridos"[29] o permitir su transformación en una compensación financiera dentro de los límites previstos por la Constitución.

Sería conveniente entonces armonizar la idea de una protección jurisdiccional general de los derechos e intereses subjetivos según el principio del Estado de derecho en el sentido alemán, al ponderarla con la idea del control jurisdiccional objetivo de un Estado democrático y social que apunta al buen funcionamiento del servicio. Esto es difícil de aceptar en Alemania en donde los propietarios tradicionales de las redes de electricidad oponen a toda reforma, la garantía constitucional de la propiedad y están dispuestos a defender sus derechos ante los tribunales.[30] En otros países, las reformas de esta misión pública se han realizado sin grandes problemas. El control jurisdiccional no debería ser un obstáculo para reformar profundamente los servicios regulados

[28] Ver John F. McEldowney, Volumen 2.
[29] Ver Massing, J., 1997. *Op. cit.*, p. 56 s.
[30] Ver Schmidt-Preuβ, M., 2003. *Substanzerhaltung und Eigentum*, Baden-Baden.

a fin de mejorar su funcionamiento, por ejemplo, al mejorar la seguridad de las vías férreas.

B. Los efectos sociales del control jurisdiccional comparados con otras formas de protección

En el campo legítimo de la protección de los derechos e intereses de los particulares, conviene dar un lugar adecuado a la protección jurisdiccional que contribuye al buen funcionamiento del servicio.

1. Las particularidades del control jurisdiccional

Recurrir a un tribunal garantiza un examen concienzudo de los hechos y de los aspectos jurídicos. Las partes y las personas afectadas en sus intereses legítimos tienen la posibilidad de dar a conocer su punto de vista. Se asegura así la participación y la transparencia. La decisión del tribunal es una contribución a la formación de un derecho de la regulación, que con frecuencia se publica en las revistas jurídicas. Por el contrario, la conciliación, el arbitraje o la mediación de un conflicto se orientan sobretodo a la ponderación de los intereses concretos y son por lo tanto menos aptos para la elaboración de reglas generales, incluso si sus resultados se publican. Sin embargo, los intereses generales y las consideraciones técnicas o económicas pueden en este caso tomarse en consideración más fácilmente que en una decisión jurisdiccional.

Los efectos positivos del control jurisdiccional son restringidos debido a la lentitud del procedimiento, mientras que la regulación controlada exige señales rápidas que corresponden a la evolución misma de la situación económica. Además, los gastos ocasionados por la protección jurisdiccional exceden de lejos los de las otras soluciones.

Convendría por lo tanto dejar al control jurisdiccional un lugar adecuado que no excluiría las otras posibilidades de solucionar un conflicto, diferentes en cada país.

2. La jerarquía o selectividad de las soluciones

El derecho nacional podría verse tentado a instituir una jerarquía de soluciones en las que el último recurso sería acudir a un tribunal.

Sin embargo, en casi todos los países, no existe un orden preestablecido entre éstos. El recurso a un tribunal no excluye la utilización en paralelo, antes o después, de otras formas de quejas o de solución del conflicto. El tribunal administrativo de Friburgo-en-Brisgau ofrece, por ejemplo, a las partes de un proceso la posibilidad de solucionar el litigio mediante procedimientos de mediación que terminan rápidamente. En vez de buscar la verdad jurídica, y no los derechos de las partes, el juez del tribunal, que cuenta con una formación especial, evalúa y pondera los intereses de las personas afectadas y del público, y por ende, la aceptación de este tipo de procesos va en aumento.[31]

Tal flexibilidad también sería útil para hacer más llamativo el control jurisdiccional de la regulación para los ciudadanos y consumidores, sin afectar la eficiencia de los servicios de interés general.

C. La integración del conocimiento técnico y económico

Si el control jurisdiccional no debe satisfacer solamente los derechos e intereses individuales sino contribuir también al buen funcionamiento de los servicios competitivos regulados, es particularmente importante integrarle directa o indirectamente los conocimientos técnicos y económicos necesarios para juzgar las razones de un conflicto y las soluciones que se deben aportar. Se pueden concebir varias soluciones.

1. El conocimiento especializado únicamente en manos de la autoridad de regulación

Si el conocimiento especializado y la experiencia práctica fueran los únicos factores para tener en cuenta en la composición de la *autoridad de regulación,*[32] el tribunal se vería prácticamente obligado a aceptar su punto de vista o a confiar en expertos "independientes" nombrados para cada caso, situación que equivaldría a un poder discrecional de la administración, en la que el tribunal se limitaría solamente a examinar si la decisión de la autoridad de regulación

[31] Ver Bargen (antiguo presidente del tribunal), Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), 2004, 467.
[32] Como, en Dinamarca, los diferentes *Boards* o *Agencies* (ver Ulla Neergand, Tomo 2).

es razonable o bien justificada. Esta solución se discute en Italia[33] y se acepta tácitamente en Inglaterra.[34]

2. El conocimiento especializado en la composición del tribunal

Por otra parte, el conocimiento especializado podría concentrarse en el tribunal, reforzando así el control jurisdiccional. La ley podría ordenar que la cámara competente del tribunal esté compuesta en parte por expertos, como ocurre en el caso de los litigios comerciales.

3. Un órgano de control semi-independiente compuesto por expertos

Una solución intermediaria establecería en primera instancia órganos cuasi-independientes, pero tampoco jurisdiccionales, compuestos de expertos técnicos y económicos con experiencia en el campo. Esta solución, muy extendida en Inglaterra en forma de *tribunals*, también se utiliza para el control de la regulación. John F. McEldowney menciona la *Competition Commission* y el *Competition Appeal Tribunal.*[35]

4. Un órgano de regulación intependiente compuesto por expertos

Una última solución transformaría la autoridad administrativa de regulación en un órgano estrictamente independiente, no solamente de las partes, sino también del gobierno. Como una corte de justicia, o un "tribunal" de tipo inglés, la autoridad independiente podría componerse de expertos y estar obligada a escuchar de forma exhaustiva a las partes y a los interesados. Esto sería seguir el modelo estadounidense con sus *independent regulatory commissions* que son independientes de los tribunales *strictu sensu.*[36] Una combinación como esta de la actividad administrativa y la jurisdiccional no es del todo aceptable

[33] Ver Domenico Sorace, Tomo 2.
[34] Ver John F. McEldowney, Tomo 2.
[35] Ver John F. McEldownwy, Tomo 2.
[36] Ver Masing, L., Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 128 (2003) p.558 s.

en Alemania,[37] pero en Francia existe bajo la forma de autoridades administrativas independientes y, parece, también en Inglaterra.

IV. Conclusión: los controles jurisdiccionales nacionales en interacción con el derecho europeo

En la Comunidad europea, el control jurisdiccional de la regulación tiene por lo tanto raíces en las diferentes concepciones nacionales, esencialmente de origen alemán, francés e inglés. La concepción alemana moderna[38] nació de la idea de un Estado de Derecho perfeccionado que proteja los derechos individuales que los mismos ciudadanos pueden reivindicar. La concepción francesa[39] tiene todavía la idea de un control objetivo de la conformidad de los actos de la administración con los objetivos legales y otros, iniciada pero no influenciada por el ciudadano afectado. La concepción inglesa[40] procura asegurar una buena calidad del servicio por medio de instrumentos de control eficientes, dentro de los cuales el control jurisdiccional (que no es el más importante), puede solicitarse por el ciudadano afectado ante un tribunal.

En el ámbito de la regulación, esas concepciones nacionales están influenciadas por una concepción europea que, ella misma, se forma de acuerdo con las nociones nacionales. La concepción europea tiene como fin principal garantizar los mejores servicios posibles mediante toda forma eficaz de control acompañada por la verificación continua de los efectos reales de la regulación.[41] Las directivas europeas llevan por lo tanto la regulación de los servicios competitivos y su control jurisdiccional más bien hacia el pragmatismo inglés y el objetivismo francés.

---

[37] En Alemania, la idea era originalmente de lograr una independencia respecto a las instancias política, con excepción del Parlamento. Esta idea fue descartada por una argumentación constitucional; ver Bullinger, Tomo 2, "La organización de la regulación".

[38] Para su evolución ver Masing J., 1997, *op. cit.,* p. 55 s.

[39] Ver Masing, J., 1997. *Op. cit.* , p. 83 s.

[40] Ver a este respecto el informe de J.F. McEldowney (Tomo 2).

[41] Según el artículo 28 de la directiva electricidad de 2003, la comisión controla su aplicación y da cuenta de ellos cada año al Parlamento. Un análisis como este, de los efectos reales de la regulación se prescribe regularmente bajo diferentes denominaciones.

Por consiguiente, deben realizarse dos transiciones, una para transformar los servicios monopolísticos en servicios competitivos y otra para adaptar, tanto como sea necesario, las concepciones nacionales del control jurisdiccional a las exigencias de la regulación. Ambas se implican mutuamente y suscitan en los diferentes países una resistencia más o menos marcada.[42]

[42] Bien ilustrada en el informe para Portugal de Manuel Porto (Tomo 2).

La regulación afuera de la Unión Europea

La noción estadounidense de regulación

Dominique Custos*

La noción estadounidense de regulación es polisémica, pues expresa a la vez una función estatal y un acto jurídico producido por las instituciones estatales.

Esta polisemia no es una muestra de debilidad conceptual, sino que por el contrario revela una densidad teórica. En primer lugar, el estudio de la regulación-función lleva al debate sobre el lugar del Estado en la sociedad civil. Este debate sobre la política pública de regulación no ocupa solamente a los abogados y a los lobistas de las empresas reguladas, a los asistentes parlamentarios del congreso, a los estrategas de la Casa Blanca y a los comisarios y agentes de las agencias reguladoras. Es un tema también de preocupación pluridisciplinaria para los especialistas en ciencia política, economía, derecho e historia que tratan de definir las justificaciones, objetivos, métodos, modelos y metamorfosis, y de evaluar sus resultados. Para la disciplina jurídica, que es la que principalmente nos ocupa aquí, la regulación-función devela las dimensiones institucionales y materiales del derecho administrativo estadounidense.[1] Por otra parte, en el terreno de la importancia teórica, el análisis de la regulación-acto jurídico no es menos importante porque instala al observador en el corazón del procedimiento administrativo estadounidense. La regulación-acto jurídico tiene que ver, en efecto, con una de las formas procedimentales de la acción administrativa codificadas por la *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946.

El derecho administrativo suministra entonces las instituciones y las formas jurídicas de la regulación. La división disciplinaria estadounidense según la cual la enseñanza del derecho administrativo y la del derecho de la regulación se imparten tradicionalmente de forma separada no lograría ocultar la relación íntima que une a estas dos materias. Como lo indican Richard Pierce

* Profesor de la Universidad de Caen y de la Universidad de Loyola (Nueva Orleans).

[1] Es en este sentido amplio que R. Stewart se refiere a la *administrative regulation* o a la *government regulation (*Stewart R., 2003, "Administrative law in the Twenty-First Century", 78 *New York Law review* 437).

y Ernest Gellhorn en su compendio de derecho sobre las industrias reguladas,[2] el conocimiento del derecho administrativo es indispensable para dominar el derecho de la regulación. A pesar de que muchos miembros[3] de la de la doctrina jurídica estadounidense militen a favor de la constitución de una ciencia de la regulación, que no se apegue únicamente al procedimiento y al control jurisdiccional, sino que "articule las dimensiones materiales y normativas del Estado regulador",[4] ellos no niegan del todo el carácter fundador del derecho administrativo a este respecto.

La regulación, noción de fuerte contenido jurídico, está enraizada en la historia a pesar de que partir de los años 70 vive una gran transformación[5] llamada *deregulation,* que a su vez inspiró la reforma del Estado al otro lado del Atlántico y en el resto del mundo. En otros términos, esta noción no corresponde a una moda pasajera; esconde de hecho un intervencionismo del Estado estadounidense desde sus orígenes, lo que obliga a relativizar el mito del "laissez-faire" que convencionalmente se le asocia.

Para dar testimonio de la riqueza de la polisemia, conviene tratar sucesivamente los dos aspectos de la noción.

I. La regulación-función

A. Los tipos de regulación

La polisemia es profunda pues no se agota con la distinción entre la función y el acto jurídico. En efecto, si la regulación acto-jurídico corresponde simplemente a una de las dos opciones procedimentales que tiene toda autoridad administrativa dotada del poder de crear reglas jurídicas, la regulación función, presenta por su parte diversas acepciones.

---

[2] Pierce, R., Gellhorn, E., 1999. *Regulated industrie, West, p. 3.*

[3] Tomain J. Shapiro, S., 1997. "Analyzing government regulation", 49 *Administrative Law Review,* 377.

[4] *Idem,* p. 385.

[5] Kearney, J., Merrill, T., 1998. "The great transformation of regulated industries law", 98 Columbia Law Review. 1323.

En el sentido amplio, la regulación-función significa la intervención pública en la actividad social en general.[6] La regulación-función abarca la gestión de *public goods* tales como los servicios públicos propios del poder soberano, la preservación de la competencia y la regulación en sentido estricto. Precisamente, en el sentido estricto, la regulación-función puede entenderse como regulación económica o regulación social.

1. La regulación económica

La regulación económica se define como el control intensivo que se hace de ciertos sectores, precisamente llamados *regulated industries* o "industrias reguladas". Esta regulación apunta a cuatro grandes sectores de actividad: los transportes,[7] la comunicación,[8] la energía[9] y las actividades financieras.[10] Para hallar el fundamento jurídico de este control específico, la Corte Suprema se inspiró primero en la *Common Law* inglesa. Es así como desde 1876 esta Corte reconoce que la identificación de las "actividades afectadas por un interés público"[11] habilita al poder público para utilizar de forma más profunda su función de policía para regular la actividad. Con ello, esta Corte pone la primera piedra del edificio en el que coexisten propiedad privada y control público. En 1886,[12] la Corte pone la segunda piedra al admitir, en referencia a la *Commerce clause*, la competencia del Estado federal en esta materia; y en 1934[13] pone la tercera piedra al extender sustancialmente el poder del regulador. En efecto, la Corte considera, a partir de esa fecha, que el uso del poder de policía en

[6] El juez Richard Posner califica la regulación en este caso de "invasora" y considera que ella "[abarca] el derecho penal, el derecho de la responsabilidad, el derecho de la propiedad, el derecho laboral, el derecho de los bienes mobiliarios, el derecho de la competencia y el derecho del medio ambiente, entre otros" (Posner, R., 2000, "The effects of deregulation on competition: the experience of the United States", 23 *Fordham International Law Journal* 7).

[7] El transporte ferroviario, aéreo, de carretera (taxis, camiones, buses), por barcazas y por tuberías.

[8] El teléfono, la radio-televisión hertziana, por cable y por satélite.

[9] La electricidad, el gas y el agua.

[10] Los bancos y organismos asimilados.

[11] "Businesses affected with a public interest": *Munn v. Illinnois,* 94 US 113 (1876).

[12] *Wabash St. L &P.RY. CO. v. State of Illinois*, 118 US 557 (1886).

[13] *Nebbia v. New York,* 292 US 502 (1934).

esta óptica depende de circunstancias determinadas por el Congreso para cada caso, y no necesariamente de la pertenencia a dicha categoría de actividades.

Es de notar que la protección de la competencia, que podría analizarse como una regulación económica de todas las empresas que garantizaría el marco necesario para el despliegue de las fuerzas del mercado, es objeto de una clasificación separada. La protección de la competencia ciertamente hace parte de la regulación *latu sensu,* pero con esta separación se distingue el derecho de las industrias reguladas o derecho de la regulación, del derecho antimonopolio o derecho de la competencia.[14] En lo que concierne a su diferenciación, desde el punto de vista del método, el primero es un derecho de interdicción y de prescripción, y el segundo es sobretodo un derecho de interdicción. El derecho de las operaciones de bolsa es también objeto de un tratamiento diferenciado, aunque estamos inclinados a concebirlo como un ejemplo de la regulación económica.

2. La regulación social

La regulación social consiste en la promoción de objetivos sociales en todas las ramas de la actividad en cuestión. Esta regulación tiene como objeto la lucha contra la discriminación racial o sexual,[15] la protección del consumidor,[16] del asalariado,[17] del arrendatario o del medio ambiente.[18]

Comparativamente, desde un punto de vista histórico, la regulación económica es más antigua que la regulación social, y se presenta como la primera en aparecer en 1887[19] a nivel federal mientras que la regulación social

[14] La *Federal Trade Commission* creada en 1914 se considera como una agencia independiente de regulación.

[15] La *Equal Employment Opportunity Commission* se creó en 1963-1964 con este propósito. Además de las discriminaciones de tipo racial o sexual, la Comisión trata las discriminaciones basadas en la religión y en la discapacidad.

[16] La *Consumer Products Safety Commission* fue creada en 1972.

[17] La *Occupational Safety and Health Administration* se creó en 1970.

[18] La *Environmental Protection Agency* se creó en 1962.

[19] La *Interstate Commerce Commission (ICC)* fue creada por el Congreso en 1887 para la regulación de las vías férreas pero los Estados ya practicaban una regulación de las actividades económicas a través de las *Public Utilities Commissions* o de las *Public Service Commissions*. La *ICC* fue suprimida en 1995 y remplazada por el *National Surface Transportation Board*.

se desarrolla únicamente a partir de 1960. Además, mientras que la regulación económica pudo haber sido solicitada o bien acogida[20] por los sectores que estaban sometidos a ésta, la regulación social siempre ha encontrado recriminaciones por parte de las empresas que deben sujetarse a ella, debido al aumento en los costos de producción provocado por la implementación de la reglamentación correspondiente. En tercer lugar, el enfoque sectorial[21] de la regulación económica se cruza con el enfoque horizontal de la regulación social.[22]

La noción de regulación-función, tomada en sentido estricto, se refiere de forma privilegiada a la primera generación de la regulación. Al interior de la disciplina jurídica, el derecho de las industrias reguladas se consagra tradicionalmente a la dimensión económica del derecho,[23] mientras que los aspectos de la dimensión social se enseñan por separado.[24] Cuando ciertos autores[25] engloban las dos dimensiones del derecho en un mismo manual de derecho y política de la regulación, estos temas se tratan uno después del otro; ésto es lo que parece mostrar los límites de la unidad de la noción de regulación-función en sentido estricto.

Aparte de la independencia de ciertas agencias, en la actualidad no hay una institucionalización específica de la regulación, que en adelante se funde, en su totalidad, en el mundo administrativo.

---

[20] El movimiento de los *grangers* durante el siglo XIX tenía el propósito justamente de establecer un control contra las prácticas abusivas de las compañías férreas en cuanto al transporte de los productos agrícolas. En famosas conferencias organizadas entre los operadores de radiocomunicaciones y el gobierno, en los años 1920, emergió un consenso sobre la necesidad de la intervención estatal.

[21] Existen excepciones a la aproximación sectorial: la *Securities and Exchange Commission* (1934), el *National Labor Relations Board* (1935). Pero, de hecho, todas éstas conciernen la regulación-función en sentido amplio.

[22] La *Federal Railroad Administration,* creada en 1966, trata sin embargo especialmente el tema de la seguridad de los transportes ferroviarios.

[23] Pierce, R., Gellhorn, E., precitado. Sin embargo, el derecho de la comunicación afirma cada vez más su autonomía.

[24] En particular el derecho del medio ambiente.

[25] Shapiro, S., Tomain J., 2003. *Regulatory law and policy.* Lexis-Nexis.

B. Las instituciones de regulación

1. Las agencias

Ya sea económica o social, la regulación tiene un soporte institucional idéntico. La agencia, o comisión reguladora federal, desempeña el rol principal, y los poderes públicos federales y las comisiones de los Estados, desempeñan, según el caso, roles de importancia diversa.

a) Las distintas categorías de agencias

La agencia es la unidad de base de la administración federal estadounidense, creada por el Congreso. Éste le delega poderes legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales. La agencia ejecutiva está situada al interior de un departamento ministerial, es objeto de una dirección individual[26] y está bajo el control del presidente. La agencia independiente está situada fuera de un departamento ministerial controlado por el presidente y es objeto de una dirección colegiada. La independencia está protegida por el equilibrio bi-partisano impuesto al presidente en la nominación de miembros o comisarios por un periodo fijo y escalonado en los mandatos y con límites al poder de revocación restringido a motivos legítimos.[27] Entre las dos grandes categorías existe la agencia ejecutiva independiente, cuya independencia se funda en su ausencia de vinculación a un departamento ministerial y su carácter ejecutivo se expresa a través de la personalización de su dirección y el poder ilimitado de revocación. La existencia de esta categoría intermedia es la muestra de la relatividad de la clasificación. Además, el que en dos casos particulares[28] el vínculo ministerial no impida el reconocimiento de una independencia fuerte, es otra señal de esto mismo.

---

[26] Por parte de un(a) *director* o *administrator.*

[27] La revocación del alto funcionario a cargo de la dirección en las otras categorías se realiza *ad nutum.*

[28] Uno corresponde al campo de la regulación económica: la *Federal Energy Regulatory Commission o FERC* (creada en 1977 para remplazar la *Federal Power Commission* establecida en 1920) esta situada al interior del *Department of Energy*. El otro pertenece al campo de la regulación económica: la *Occupational Safety and Health Administration* vinculada al *Department of Labor.* Cabe notar que una parte de la doctrina clasifica a la *FERC* dentro de las agencias independientes.

b) El recurso a las agencias en materia de regulación

Sin duda las agencias independientes fueron inicialmente el instrumento privilegiado de la regulación económica.[29] Las siete grandes agencias[30] que, históricamente, constituían la punta de lanza del intervencionismo económico estadounidense, gozaban precisamente de independencia. Durante los años 30 y 40 del siglo pasado,[31] es decir antes de los comienzos de la regulación social, la distinción entre agencia independiente y agencia ejecutiva era considerada como aquello que diferenciaba a las agencias reguladoras de las agencias dedicadas a la gestión administrativa ordinaria. Pero esta tentativa de distinción fracasó y no posee correspondencia alguna con el derecho positivo.[32]Ya no es más asunto de una diferencia de grados sino de naturaleza. Respecto a la noción de regulación *latu sensu,* las agencias se perciben hoy en día como más o menos reguladoras. Entre ellas, la agencia de regulación puede estar o no vinculada a la esfera presidencial.

En el mismo sentido, el estatuto orgánico de la agencia ya no supone el reflejo de la estructura que le delegó sus poderes. La asociación sistemática entre agencia independiente y confusión de poderes, que sin duda caracterizó la implementación de la armazón de la administración económica estadounidense, ya no es válida. La confusión de poderes, lejos de constituir una de las

---

[29] El prototipo, la *Interstate Commerce Commission* creada en 1887 se hizo independiente en 1889; Están además el *National Labor Relations Board,* la *Federal Communications Commission,* la *Federal Energy Regulatory Commission.*

[30] Se trataba de la *Interstate Commerce Commission* (1887), la F*ederal Trade Commission* (1914), la *Federal Power Commission* (creada en 1920 y reorganizada en 1930), la *Federal Communications Commission* (1934), la *Securities and Exchange Commission* (1934), el *National Labor Relations Board* (1935), el *Civil Aeronautics Board* (1938). De las siete grandes comisiones independientes sólo quedan cuatro porque la *Civil Aeronautics Board* fue suprimida en 1985 y muchas de sus funciones fueron transferidas al *Department of Transportation.* La *Federal Power Commission* fue remplazada por la *Federal Energy Regulatory Commission* en 1977; la *ICC* fue abolida en 1995 y el *National Surface Transportation Board* lo sucedió a partir de 1996.

[31] Esta clasificación se evidencia en los trabajos de la *Commission Bronlow* en 1937 y en los de la *Commission Hoover* en 1949. La atribución de un poder cuasi-jurisdiccional era considerado como la señal de la regulación.

[32] Philips, C., 1993. *The Regulation of Public Utilities. Theories and Practice.* Public Utilities Reports, 999 p, sobre este punto p. 127.

"particularidades"[33] de las agencias independientes, es compartida hoy en día por las agencias ejecutivas.

Tampoco hay una relación exclusiva entre la dimensión económica o social de la regulación y la característica orgánica de agencia. En nuestros días, la regulación económica corresponde a veces a una agencia ejecutiva independiente y la evolución es tanto más notable que incluso ocurre con el prototipo de agencia reguladora, la *ICC*, que fue suprimida en 1995 y remplazada por el *Surface Transportation Board (STB)*. Además, la regulación social puede ser asegurada por una agencia ejecutiva,[34] una agencia ejecutiva independiente[35] o una agencia independiente.[36]

En fin, aparte de la distinción entre dirección colegiada y dirección personalizada, la organización de las agencias se presenta de forma similar: por un lado están las *offices* responsables de la gestión general, y por otro lado los *bureaus,* que realizan las tareas más propiamente de regulación.

En total, la difusión de los rasgos institucionales que en un principio eran propios de la agencia independiente en la administración estadounidense, reduce la especificidad de la agencia independiente en cuanto a su modo de dirección y en cuanto a la relación orgánica con el presidente. Esta tendencia a la asimilación así como el efecto de interferencia provocado por el surgimiento de la categoría intermedia de agencia ejecutiva independiente, llevan a constatar que las opciones institucionales de la regulación son ahora menos estereotipadas y a cuestionarse sobre el intercambio de opciones institucionales para la regulación económica y la regulación social.

La agencia es la institución pública a la que el Congreso delega especialmente el control económico o la promoción de un interés social en cuestión.

---

[33] Braibant, G., 1985-1986. *Institutions administratives comparées. Les contrôles,* FNSP (Service de Polycopie), 450 p. (sobre este punto p. 357).

[34] Es el caso de la *Food and Drug Administration* que esta vinculada al *Department of Health and Human Services.*

[35] La *Environmental Protection Agency,* establecida en 1962 es el primer ejemplo. Desde 1994, la *Social Security Administration* se sitúa en esta categoría.

[36] La *Equal Employment Opportunity Commission*, la *Consumer Product Safety Commission* y la *Occupational Safety and Health Administration* son ejemplos de ello.

La agencia se beneficia para ello de una delegación de poderes que, fuera de la estructura de la separación de poderes, se encarga de la ejecución de las leyes, es un legislador en potencia y se asimila a un juez. En el vocabulario jurídico estadounidense, las reglas impersonales y generales que la agencia produce son, de manera reveladora, calificadas de *legislative* en oposición a las reglas llamadas *interpretative* que en principio no modifican el ordenamiento jurídico. La doctrina trata al poder de creación normativa, sobre el que reposan las reglas, de poder legislativo. Además, en el lenguaje jurídico estadounidense, los agentes que, al interior de la agencia, toman las decisiones individuales que afectan a las empresas reguladas, realizan un trabajo de *adjudication*. Igualmente se les llama, de manera significativa, *administrative judges* por lo que poseen garantías[37] tendientes a asegurarles, ante los demás agentes, una independencia comparable a la de la institución judicial establecida por la Constitución. En breve, la institucionalización de la imparcialidad de las funciones de *adjudication* acompaña al cúmulo de poderes de la agencia.

La dotación de poderes y el tratamiento institucional y jurídico de las agencias contribuyen a hacer de ellas el símbolo de la regulación del sector o del campo concernido. En realidad, la agencia no es sino la instancia reguladora principal incluso si comúnmente se refieren a ella como la entidad reguladora. Las agencias comparten la regulación con instancias federales e infra-federales.

2. Los poderes públicos

A nivel federal, el marco institucional de la regulación incluye los poderes políticos públicos y el poder judicial.

[37] Las garantías son en primer lugar estructurales: la oficina de los *administrative law judges (ALJ)* está aislada del resto de las oficinas y la comunicación entre los *ALJ* y los otros miembros del personal (en particular aquellos encargados de la instrucción y de la persecución a los incumplimientos) es limitada. Las garantías disciplinarias, por su parte, se observan en cuanto a la contratación: la nominación se basa en una lista de tres nombres suministrada por la *Office of Personnel Management* de la que sale el nombramiento; no hay periodo de prueba. En el plan disciplinario, la sanción de las faltas le corresponde al *Merits System Protection Board* y la revocación, que no puede ser pronunciada sino por este último, sólo puede tener un motivo legítimo. La *Office of Personnel Management* y el *Merits System Protection Board* son agencias independientes.

a) Los poderes políticos

La importancia de que la función de regulación se comparta entre los poderes públicos (presidencial y parlamentario) es evidentemente una función de la naturaleza ejecutiva, independiente o ejecutiva independiente de la agencia.

Si la agencia es ejecutiva, su figura reguladora principal debe acomodarse a las directivas e intervenciones presidenciales so pena de revocación de su director. Los decretos presidenciales, o *executive orders,* son las herramientas jurídicas de transmisión de las prioridades del jefe del Ejecutivo. Atrapada dentro de la lógica del Ejecutivo unitario, la agencia actúa en el rol de ejecución del día a día sin estar por ello desprovista de margen de maniobra. El presidente, al definir las grandes líneas regulatorias, es por lo tanto, en derecho, quien determina los lineamientos estratégicos de la regulación. Teniendo en cuenta este papel motor, es difícil considerar al presidente como un regulador secundario.

Si la agencia es independiente, se sitúa en principio fuera del alcance de las consignas presidenciales. En tal caso, el presidente estadounidense está desprovisto del eminente poder reglamentario que le correspondería al Primer ministro francés[38] cuando la división del poder regulatorio le da un lugar prioritario a una autoridad administrativa independiente (AAI). En derecho, la agencia independiente estadounidense decide sobre su política regulatoria y determina cuáles son los medios más efectivos para su realización. Correlativamente, el Presidente no puede contar sino con la presencia de comisarios de su campo político y con la buena voluntad de los otros miembros colegiados para imprimir su sello de acción en la agencia. Pero la combinación de las personalidades individuales y de la intangibilidad estatutaria genera incertidumbres respecto de su verdadero impacto en el curso de la acción regulatoria. Desprovisto de los medios jurídicos de una jerarquía superior para influenciar la marcha estratégica o cotidiana de la agencia independiente, el Presidente

[38] Custos, D., 2002, "Agences indépendents de régulation américaines et Autorités administrative indépendents françaises. L'exemple de la *Federal Communications Commission* et de l'autorité de régulation des télécommunications", *politiques et Management Publique,* vol 20, p. 67-84 (sobre este punto p. 76-77).

parece deber contentarse, al menos sobre el papel, con ser un actor secundario, a pesar de poder adquirir, en la realidad, una influencia determinante a través de los miembros de la agencia que comparten su filiación política. Es en este sentido que la agencia manifiesta su originalidad institucional en el sistema policéntrico de la regulación estadounidense.

Si la agencia es ejecutiva independiente, su independencia respecto de los ministerios le permite disfrutar de una autonomía en la implementación de las decisiones presidenciales de la que no dispone la agencia ejecutiva. Sin embargo, el presidente sigue siendo el autor de las grandes orientaciones de la regulación.

En este panorama institucional de la regulación, no podría subestimarse al Congreso, pues él es quien establece las agencias, adopta y modifica las delegaciones de poder, y asigna y modifica los objetivos regulatorios. El grado de precisión de los términos de la delegación determina la extensión de los roles respectivos del Congreso y de la agencia. Además, cuando se trata de agencias independientes, el Congreso tradicionalmente entiende que su carácter independiente se refiere a las relaciones entre el Presidente y la agencia. El Congreso considera a la agencia como un arma en sus enfrentamientos con el Presidente y como un instrumento al servicio de los electores. Así, el Congreso se transforma de regulador-fundador en regulador-juzgador cuando desaprueba a la agencia mediante la votación de una ley que modifica alguna decisión de dicha agencia.[39]

En fin, la agencia reguladora principal debe igualmente contar con la participación de otras agencias federales o infrafederales. En el terreno del derecho de la competencia, las dificultades relacionadas con la articulación de las intervenciones de la agencia sectorial, de la *Federal Trade Commission* y de la división antitrust del *Department of Justice* cuestionan la viabilidad y el impacto de una interregulación. La pluralidad constituida por la agencia federal, por una parte, y las *Public Utilities Commissions* (PUC)[40]de los Estados, por otra,

[39] El 30 de enero de 2004 el Congreso modifica parcialmente la liberalización de las "reglas de concentración de las empresas audiovisuales" decididas en julio de 2003 por la *FCC*.

[40] Es de notar su pluridisciplinariedad.

produce problemas de coordinación que pueden comprometer el éxito o el fracaso de una liberalización o, más en general, en un cambio de rumbo regulatorio adoptado por el Congreso. El Congreso también debe dotar la agencia federal de un poder de sustitución respecto a las *PUC* al punto que la organización del federalismo regulatorio puede contrarrestar la tendencia a la reafirmación del derecho de los Estados.[41]

En definitiva, a pesar del rol preeminente de la agencia, de forma cotidiana y a veces a la hora de las grandes decisiones, la regulación es el resultado de acciones concertadas o separadas por parte de una pluralidad de reguladores. Además de la presencia de actores políticos, la agencia debe contar con la presencia del juez.

b) El poder judicial

El rol del juez Green, llamado el zar de la desregulación de la telefonía de larga distancia, en la aplicación del *Modified Final Judgement* (MFJ)[42] entre 1983 y 1996 es bastante celebre, puesto que representa la competencia que puede surgir entre el juez y la agencia a pesar de que ésta sea la entidad competente para regular.

Fuera de este ejemplo histórico, debe evocarse la sociología contenciosa de Estados Unidos, puesto que le reserva al juez un rol clave en materia de regulación. El carácter cuasi sistemático del recurso jurisdiccional hace de la etapa ante los tribunales algo ineludible en la vida de las normas que enmarcan la regulación. La promulgación de la ley o del reglamento no marca el fin del debate sobre un asunto relativo a la regulación, puesto que éste continúa a nivel jurisdiccional. De modo que, de hecho, en el ejercicio del control de la constitucionalidad de la ley o de la acción administrativa de las agencias, el juez participa de cierta manera en la tarea de la regulación. Para los protagonistas, las batallas argumentativas ante las cortes son una continuación natural del lobby ante el Congreso en el marco de la elaboración de la ley, de las comunicaciones

[41] La *Telecommunications Act* de 1996 procedió así a propósito de la *FCC.*

[42] Es de notar que se trataba de derecho de la competencia entendido como elemento del derecho de la regulación *latu sensu* y no de derecho de la regulación propiamente dicho.

ex-parte con los comisarios o con las personas influyentes de las agencias y de la realización de comentarios sobre los proyectos de reglamentos.

El caso de la liberalización de las redes locales de telefonía en el campo de las telecomunicaciones es un ilustrativo ejemplo de esto. La *FCC* que ya había tratado en tres ocasiones[43] de definir los elementos de la red telefónica que el operador histórico tenía que poner a disposición de sus competidores sufrió, el 2 de marzo de 2004, un cuarto rechazo que, si bien parcial,[44] prolongó la incertidumbre jurídica al respecto.

Formalmente, el juez se limita a validar o invalidar, y no regula directamente; pero, en el ejemplo mencionado, la *FCC* debe esforzare por encontrar el razonamiento que recibirá la unción judicial. Al retardar la efectividad de las decisiones del titular de la regulación, el juez, así su intervención sea solicitada por las partes, ejerce una especie de freno sobre la implementación de una política de regulación y se convierte al menos en un regulador indirecto.

El ejemplo del estatus jurídico de los proveedores de acceso a internet plantea interrogantes sobre la capacidad del juez para convertirse en un regulador directo puntual. El futuro de la jurisprudencia *Chevron*[45] se aprecia en el privilegio del respeto del control de legalidad de la acción administrativa, que está a la orden del día, en dos decisiones del 6 de octubre de 2003 y del 31 de marzo de 2004 de la Corte federal de Apelaciones de Florida del noveno circuito.[46] La Corte, en efecto, hizo prevalecer la interpretación[47] que ella misma había expresado antes a la FCC, sobre la interpretación que manifestó posteriormente a esta agencia sobre el tema candente del estatus de los proveedores de acceso a internet de alta velocidad. En el plano puramente jurídico, el

---

[43] Tres reglamentos de 1996, 1999 y 2003.

[44] *AT&T Corporation v. Iowa Utilities Board* 525 US 366 (1999); *United States Telecommunications Ass´n v. FCC*, 290 F.3d 415 (D.C.Cir 2002) USTA I; *United States Telecommunications Ass´n v. FCC& USA* (D.D.Cir. 2004) [No. 00-1012 (and consolidated cases) March 2, 2004], USTA II.

[45] *Chevron, Inc. V. Natural Resources Defense Council.* (1984).

[46] *Brand X Internet Services v. FCC,* (Ninth Circuit Court of Appeals, octubre 6, 2003); *Brand X Internet Services v. FCC* (Ninth Circuit Court of Appeals, marzo 31 de 2004).

[47] *AT&T v. City of Portland, 216 F. 3d 871 (9th Cir. 2000).* La FCC tomó posición en el 2002. El 6 de abril la FCC le solicitó a la Corte de Apelaciones suspender los efectos de su fallo de invalidación. Además, la *FCC* consideró la posibilidad de interponer una demanda de *certiorari*.

espíritu de deferencia del fallo *Chevron* no se respeta porque la anterioridad de la interpretación jurisdiccional se invoca para justificar la invalidación sumaria de la interpretación administrativa posterior. El juez impone entonces su interpretación a la autoridad principalmente responsable de la aplicación de la ley, sin participar en la búsqueda de una solución prevista en dos tiempos por el fallo *Chevron.* Esta actitud parece una usurpación de la calidad de autoridad reguladora principal. Además, en el plano práctico, el juez adopta una posición con una fuerte consecuencia, pues al contrario de lo sucedido en la decisión *FCC,* el juez retiene el argumento según el cual el cable-operador proveedor de acceso a internet de alta velocidad debe permitir a nuevos operadores alquilar elementos de su red.

El asunto es entonces saber si la instancia judicial, que ha sido históricamente menos preferida[48] frente al modelo de la agencia reguladora, está infiltrándose por la ventana después de haber sido forzado a salir por la puerta. La evolución tiene un germen notable de revancha institucional.

C. Los modelos y las políticas de regulación

Si bien la regulación económica y la regulación social comparten un panorama institucional similar y si bien se han visto rodeadas desde finales de los años setenta por un movimiento de liberalización, ambas revelan situaciones desiguales en lo que se refiere a los modelos de regulación. En el marco de la regulación social no hay modelos de regulación, en el sentido de un conjunto de reglas generales que rijan las relaciones entre la autoridad reguladora y las empresas reguladas. Como mucho, puede revelarse una idea general según la cual este tipo de regulación estaría más inclinada a la interdicción que a la prescripción. Comparativamente, la regulación económica sectorial, seguramente debido a su carácter más avanzado, ha dado origen a la aparición de verdaderos modelos regulatorios con contornos bien definidos. Se trata por una parte, del *common carrier* o *public utility* de aplicación general, y por otra

[48] Custos D., 1999. *La Commission Fédérale Américaine des Communications à l'heure des autoroutes de l´information*. París, L´Harmattam, p. 28-33.

parte, del *public trustee* propio al campo del audiovisual.[49] El rumbo dado a la desregulación a partir de los años 70 cambió profundamente el funcionamiento de estos dos modelos.

1. El *common carrier* o *public utility*

Estos dos términos son intercambiables, en cuanto al régimen jurídico que se desprende de ellos. La diferencia está más bien en que el *common carriers* corresponde a las empresas de transporte ferroviario, aéreo, terrestre y a las compañías de telecomunicaciones, mientras que las *public utilities* abarcan las empresas de energía y gas. Este modelo, inspirado en el antiguo modelo inglés,[50] y codificado por primera vez en la *Interstate Commerce Act* de 1887 inspiró posteriormente la redacción de otros textos pioneros en el campo de la regulación económica sectorial. Así como la *ICC* sirvió de prototipo de agencia reguladora independiente, el régimen jurídico del transporte ferroviario sirvió de prototipo al de otros sectores regulados.

En su origen, el modelo del *common carrier* o del *public trustee* se articula alrededor de cuatro elementos.

Este tipo de regulación implica una o varias empresas privadas y la agencia reguladora. En efecto, el intervencionismo estadounidense muy rara vez toma la forma de una empresa pública.[51] Además, el modelo se aplica igual de bien en un contexto de monopolio natural[52] como en uno de competencia.[53] En el primer caso, la regulación sirve de sustituto a la competencia. En el segundo, la regulación tiene por objeto disciplinar los excesos de la competencia. En fin, la relación entre empresa(s) regulada(s) y la instancia reguladora es el eje central en torno al cual se ordenan las actividades de la empresa y los términos de las transacciones con el destinatario final.

---

[49] *Idem,* p. 255-302.

[50] Las reglas de organización y funcionamiento de la ICC están fuertemente inspiradas por las de la *British Railway Commission* creada en 1873.

[51] Estas son las *government corporations* como *AMTRAK* (*National Railroad Passenger Corporation*) o la *Tennessee Valley Authority.*

[52] Telecomunicaciones, electricidad y gas.

[53] Transporte ferroviario, aéreo, por carretera (camiones, taxis).

En primer lugar, este tipo de regulación implica un control sobre el ingreso y la salida del mercado. Los operadores deben obtener licencias de explotación y autorizaciones otorgadas por la agencia. Este control le permite a la instancia reguladora vigilar la estructura del mercado para asegurar las condiciones para el suministro de un servicio fiable. En un marco monopolístico, esta regulación tiene el propósito particular de proteger al operador que posee el monopolio.

Además, este tipo de regulación implica un control de los precios. El procedimiento obliga a la empresa a entregar descripciones de sus prestaciones y de las tarifas correspondientes ante la agencia, a obtener la aprobación y a respetarlas escrupulosamente so pena de sanción. Los precios se regulan, inicialmente, según el principio de la *rate of return* que, basado en la determinación de los costos de producción, debe garantizar una ganancia razonable pero no excesiva a la empresa, y, posteriormente, con el viento de la liberalización que ha comenzado a soplar, mediante el principio de precio máximo o *Price cap*, que otorga cierta libertad a la empresa para fijar el precio por debajo del máximo señalado.

En fin, esta regulación incluye la garantía de un servicio universal, que en realidad, constituye una dimensión social dentro del núcleo de la regulación económica. Este servicio universal pretende garantizar que los precios sean justos, asequibles y no discriminatorios. Las redistribuciones implícitas permiten mantener los precios bajos para las prestaciones mínimas, de forma que se logra garantizar el servicio a todas las personas. La no discriminación asegura un tratamiento igual en la recepción de los servicios estandarizados. Además, el hecho de ser *common carrier* implica una obligación de servir a todos aquellos que soliciten el servicio.

Se trata entonces en definitiva de una vigilancia muy cuidadosa que evoca la relación del concesionario y de la autoridad que concede la operación, de la empresa pública y de la autoridad de control, incluso cuando en realidad no se trata de una empresa de capitales ni entera ni parcialmente públicos. En comparación con el modelo europeo, el modelo estadounidense del *public utility* o del *common carrier* ha permitido el establecimiento de industrias de servicios en red sin que el Estado haya tenido que hacerse cargo directamente de las inversiones.

A partir de la desregulación de finales de los años setenta, ese régimen jurídico sufrió grandes modificaciones. La palabra clave pasó a ser la promoción de la competencia. En algunos casos esto se dio con una medida tan radical como la supresión de la agencia reguladora.[54] Para los otros casos este cambio se realizó de dos formas. Donde estaban presentes las fuerzas del mercado, así fuera en forma restringida, las medidas que limitaban la libre empresa se suprimieron y en donde había monopolios, se tomaron medidas para favorecer la promoción de la competencia.

En los sectores que ya estaban sujetos a la competencia, la promoción de ésta se concretizó mediante la flexibilización o la eliminación de barreras para el ingreso a los mercados.[55] En los sectores que hasta entonces eran monopolísticos, la promoción de la competencia es sinónimo de regulación activa destinada a forzar los comportamientos del operador histórico. De manera general, el objetivo es abrir la red que sirve de soporte a la actividad de competencia con el fin de hacer surgir una competencia durable. Esta regulación del acceso a la red simboliza en particular la evolución del modelo estadounidense de *common carrier* o *public utility:* a través de esta metamorfosis fundamental, se trata no tanto de regular las condiciones en las que los consumidores finales compran el servicio en cuestión,[56] como de regular la capacidad de los competidores para obtener los elementos básicos necesarios para ofrecer el servicio.[57] En este tipo de regulación las concepciones estadounidenses y europeas encuentran un denominador común. Esta regulación utiliza diversas técnicas de apertura obligatoria del mercado. Corresponde a la agencia definir los términos de la interconexión,

[54] La *Airline Deregulation Act* de 1978 suprime la *CAB* en temas aéreos. La *ICC Termination Act* de 1995 reserva la misma suerte para la *ICC* en cuanto a la regulación del transporte en general.

[55] Por ejemplo, para los servicios de bus, la flexibilización se introdujo en 1980, y la eliminación de produjo en 1995. Para las compañías aéreas, la eliminación de las barreras se dio en 1978.

[56] Precisamente la regulación de precios se abandona y la política de servicio universal no se realiza de forma automática.

[57] Spulber, D., Yoo, C., 2003. "Access to Networks, Economic and Constitutional Connections", 88 *Cornell Law Review* 888, sobre este punto p. 890; ver también: Rifkin, J., 2000. *The age of access: The New Culture of Hypercapitalism, Where all of Life is a Paid For Experience,* J.P. Tarcher/Putnam.

determinar los elementos de infraestructura que se deben alquilar[58] a los candidatos que desean someterse a la competencia dado que son necesarios para el impulso de las actividades, y para indicar los segmentos de servicios prestados el operador histórico que pueden ser comprados para revenderse, o comprados separadamente por los competidores. En este nuevo régimen, la agencia juega un rol de mediador entre proveedores rivales. Formalmente, este rol es provisional porque la agencia procura que se den las condiciones de mercado que una vez estén consolidadas harán inútil su intervención. El asunto es saber durante cuanto tiempo la comisión debe supervisar el acceso y la tarificación en el proceso de apertura del mercado. En otros términos, se trata de saber si la regulación no es necesariamente permanente. Queda una certeza. En tanto que la agencia procure crear las condiciones adecuadas de mercado, el nuevo dogma regulatorio equivale, de hecho, no tanto a la desaparición de la regulación como a una profunda transformación de sus modalidades.[59]

En relación con ello, también se abandona el control de los precios. Estos deben surgir de la ley de la oferta y la demanda. En adelante, la relación más importante es la que se da entre el proveedor y el consumidor. El destinatario de los servicios, desempeña un papel teóricamente más activo en la definición de la prestación de los servicios, en consecuencia, tiende a dejar de llamarse abonado para ser un consumidor.[60] La contractualización es fuente directa de derechos y obligaciones de los usuarios y de los clientes por lo cual remplaza la relación institucional entre la agencia y las empresas. La preocupación por un tratamiento similar a los clientes ya no se da. En esa medida, la relación indirecta entre el vendedor y el comprador del servicio de utilidad pública, que antes ejercía la agencia o comisión, desaparece. Pero la influencia de esta tercera parte en la determinación de las tarifas se mantiene

[58] Se ejerce correlativamente un control de precios pero no se trata de precios pagados por el consumidos sino por el operador de la competencia.

[59] Kearny J., Merrill T., 1998. "The great transformation of regulated industries law", 98 *Columbia Law Review* 1323, sobre este punto p. 1325.

[60] El término genérico traído de la economía es *end-user* o destinatario, beneficiario de la prestación; bajo el antiguo régimen de regulación, se le llamaba *subscriber* o abonado; bajo el nuevo régimen se ha convertido en *consumer* o consumidor.

o es susceptible de restablecerse en caso de persistencia o surgimiento de un operador dominante.

En fin, el credo a favor de la competencia tuvo efectos diferenciados sobre el servicio universal. En ciertos casos, esta preocupación simplemente se abandonó[61] y la desaparición de las subvenciones cruzadas se tradujo en otros casos en la perdida de servicio para ciertas localidades. En otros casos el servicio se ha mantenido. El servicio universal de telefonía se ha vuelto de esta manera servicio universal de las telecomunicaciones.[62] Su reorganización apunta a la supresión de las subvenciones implícitas. La explicitación del mecanismo de financiación del servicio universal depende de la institución de una contribución para el servicio universal, de la clarificación de sus beneficiarios, y de la redefinición de su contenido, que incluye en adelante el acceso a internet.

En últimas, exceptuando la protección marginal del servicio universal, la agencia reguladora tiende a convertirse en una agencia sectorial de la competencia. A largo plazo, la separación disciplinaria entre el derecho de la regulación y el derecho de la competencia, así como la utilidad de una agencia de regulación, parecen problemáticas.

El modelo del *public trustee,* al igual que el de *common carrier* o *public utility* también ha evolucionado.

2. El *public trustee*

El régimen de *public trustee*, que ya se vislumbraba en la *Radio Act* de 1927, se precisa en la *Communications Act* de 1934. Este régimen encuentra su justificación en la escasez de las frecuencias hertzianas y en la necesidad de controlar las interferencias. Esas características técnicas del medio ameritan un control público del acceso al mercado audiovisual. Ese control no apunta solamente a lograr una buena gestión de tal escasez y a prevenir la interferencia, sino también a la preservación del pluralismo y al desarrollo de la propiedad de empresas audiovisuales por parte de minorías étnicas y de las mujeres. Al

[61] Ocurre así en los sectores del transporte ferroviario y del transporte aéreo.

[62] Custos, D., 1998. "Le service universel des télécommunications américain, d´hier à demain", *JurisPPT*, no. 52, p. 3-25 y *Droit de l´informatique et des Télécommunications*, no. 3 et 4.

igual que el modelo de aplicación general, este modelo también toma la forma de un otorgamiento de licencias por parte de la autoridad reguladora.

Originalmente este modelo apunta también al control de los contenidos o de los programas. En efecto, a cambio de la gratuidad de la frecuencia para una empresa privada que tiene fines lucrativos,[63] la empresa se somete a cierto número de obligaciones de servicio público que indican su calidad de *trustee* al servicio de los oyentes y telespectadores.

En fin, en oposición al régimen de *common carrier* o de *public utility*, el modelo de *public trustee* no implica un control de precios puesto que el acceso del público al servicio es gratuito.

La desregulación también afectó el modelo del *public trustee*. En lo que concierne al control de la estructura del mercado, la FCC (2 de julio de 2003) le quitó ciertos límites a la concentración de los medios de producción audiovisual o a la constitución de grupos multimedia. Ante el clamor de protesta que se desató por este cambio, el Congreso se vio forzado a actuar con el fin de proteger el pluralismo, condición de la democracia. Así, el Congreso desautorizó una de las modificaciones: la cobertura audiovisual nacional que se le había autorizado a las redes de televisión, que había sido llevada de 35% a 45% por la FCC, fue reducida a 39% por el Congreso en un acto legislativo votado el 30 de enero de 2004.[64]

De igual manera, desde finales de los años setenta, la FCC emprendió un desmantelamiento de las obligaciones de servicio público en lo referente al contenido de los programas. La supresión más célebre realizada por esa entidad fue la de la *fairness doctrine* o tratamiento pluralista de la información, realizada en el año 1987. En el año 2000, dos medidas de esta doctrina, la *political editorial* y la *personal attack rules* fueron revisadas por la Corte de Apelaciones de Washington DC. Bajo la influencia de la jurisprudencia restrictiva respecto a la *affirmative action,*[65] la FCC también abandonó su programa de

[63] La llamada radio-televisión pública, puede basarse en capitales tanto públicos como privados y se identifica por la ausencia de fines lucrativos.

[64] El resto del reglamento de la FCC está ahora ante los tribunales.

[65] *Metro Broadcasting, Inc. V. FCC* 497 U.S. 547 (1990); *Lamprecht v. FCC* 958 F. 2d. 382 (D.C. Cir. 1992); A*darand Constructors, Inc., v. Pena*, 515 US 200 (1995); *Lutheran Church-Missouri Synod v. FCC*, 41 F.3d 344 (DC Cir. 1998); *Gratz v. Bollinger*, 123 S. Ct 2341 (2003).

igualdad de oportunidades. Todavía subsisten sin embargo, en forma de porción congrúa, el control a la indecencia y la promoción de los programas educativos destinados a los niños.

Otro rasgo de renovación del modelo tiene que ver con el otorgamiento de las licencias. Desde 1997 la subasta[66] se ha vuelto la forma obligatoria de asignación inicial de frecuencias. El elemento esencial del modelo original, la gratuidad, desaparece, lo que pone en duda el fundamento de las obligaciones de servicio público. Además, a partir del reglamento del 15 de mayo de 2003, la FCC reconoce cierta flexibilidad en el uso patrimonial de la frecuencia pues su titular está autorizado a alquilarla (el alquiler se diferencia de una verdadera transferencia de propiedad) a un operador de su escogencia. Sólo se requiere la aprobación de la FCC si el titular de la licencia pierde el control de hecho de la licencia pero sigue teniendo el control en derecho.

El tratamiento de la regulación acto-jurídico no puede subestimarse, no sólo porque este aspecto es uno de los elementos de la polisemia de la noción, sino también porque la regulación-acto jurídico es un instrumento de la regulación-función y porque la evolución de la dimensión funcional de la noción va de la mano con la evolución de su dimensión instrumental o técnica.

II. La regulación-acto jurídico

Del estudio de los procedimientos administrativos no-contenciosos estadounidenses se desprenden dos características: la preocupación por la regulación participativa y por la regulación eficaz.

A. La regulación participativa

La voluntad de institucionalizar de forma sofisticada la participación del público en la confección del acto administrativo, se evidencia desde la codificación emprendida por la *APA* en 1946. Esta voluntad nace justamente del temor suscitado por el desarrollo de la regulación-función. Se trató así de dotar a las personas físicas y morales de armas procedimentales a la medida de la influencia

[66] La *Balanced Budget Act* de 1997 o *BBA-97* exige una modalidad como esta en caso de que se presenten inicialmente demandas que compitan entre sí.

del "Estado administrativo". En un contexto de referencia peyorativa a la *bureaucracy,* la regulación participativa refleja entonces una reacción sobresaltada frente al despliegue de una regulación económica que pisotea la profesión de fe sobre la autorregulación del mercado. Así, la emergencia y la permanencia de la función hacen necesaria la implementación de un sistema jurídico que proteja de forma suficiente a los sujetos administrados o regulados.

La polisemia de la noción de regulación por lo tanto no es gratuita, es construida. El desdoblamiento en una función y un instrumento jurídico no es accidental, es el resultado de la construcción de una articulación que resulta necesaria.

La *APA* organiza la acción de las agencias según dos formas, a saber, el *rulemaking* y la *adjudication,* que grosso modo pueden asimilarse, respectivamente, a la adopción de un acto reglamentario y de un acto individual.[67] La *APA* combina este criterio de la forma de la acción con el de el grado de exigencia procedimental según si el proceso es *formal*[68] o *informal*, es decir, si conlleva o no una audiencia. El empleo de la *adjudication –formal* o *informal*– desemboca en una *order.* El resultado es la implementación del *formal* o *informal rulemaking* es una *rule* o *regulation*, es decir un reglamento. Concretamente, el *ratemaking,* o control de precios, se realiza mediante el *formal rulemaking.* El otorgamiento y el rechazo de una licencia de explotación toman la forma de una *formal adjudication.*

Si nos remitimos al tipo más corriente de procedimiento reglamentario, el *informal rulemaking,* el grado de institucionalización inicial de los mecanismos de consulta y el nivel de institucionalización de la negociación son sorprendentes. La *APA* organiza una consulta del público en general o consulta pública antes de que textos posteriores se afinen con la consulta de grupos más específicos.

---

[67] Custos, D., 1999. *Op. cit.*, p.82-87.

[68] El grado superior de exigencia procedimental se expresa en los siguientes términos: *on the record after an opportunity for an agency hearing.* Esto quiere decir, en particular, que la realización de una audiencia da lugar al careo de los testigos con contradictores o *cross-examination.* Excepcionalmente, se puede realizar una forma escrita de audiencia.

1. La consulta del público

La APA hace preceder la publicación de este tipo de reglamento de una declaración que propone un reglamento para luego hacer una fase de comentarios. En este caso, el procedimiento se llama *notice-and-comment procedure.* Esta posibilidad de realizar críticas o de apoyar la proposición de la agencia, de militar a favor del alcance la futura regla o de introducir excepciones, de contradecir los estudios de la comisión con estudios propios o con estudios obtenidos de la literatura relevante, está abierta al público en general. Potencialmente, éste no incluye únicamente las empresas a las que apunta la reglamentación, sino también las diversas asociaciones y grupos no lucrativos así como a los ciudadanos. L'*APA* ejemplifica la voluntad expresada por el legislador en 1946 de dar una oportunidad de participación a todos. Al considerarse la regulación como una invasión de la libertad de actuar de los individuos y de la libertad de gestión de las empresas, la *APA* se presenta como un cuerpo de garantías democráticas contra el desarrollo intempestivo de la burocracia. Incluso si, formalmente, la decisión administrativa es unilateral, todos tienen el derecho a informarse sobre su preparación. En esto, la consulta que se hace al público se distingue de la consulta selectiva de expertos o de personas que tienen un interés particular en el tema. Es claro que la era del Internet transforma esta consulta pública, que antes reposaba sobre el papel, en una forma de democracia administrativa electrónica.[69]

La jurisprudencia,[70] al exigirle a la administración que acompañe su propuesta con los datos factuales que contribuyeron a su formación y que responda de forma sustancial a las mayores objeciones que figuran en los comentarios, elevó esta oportunidad de participación a un verdadero derecho de participación en la confección del acto administrativo. Sin embargo, esta promoción de la democracia administrativa participativa no dejó de tener cierto efecto perverso, pues hizo más tortuoso un procedimiento que la APA había

[69] En cuanto que es obligatoria y sancionada, esta consulta se diferencia de las consultas públicas espontáneas que se realizan por vía electrónica.

[70] *US v. Nova Scotia Food Products Corp.* 568 F. 2d 240 (2d Cir. 1977). A esta jurisprudencia se la coloca en la categoría de *hard look.*

querido aligerar al punto que la doctrina se sublevó contra esta *ossification*[71] del derecho administrativo y que la Corte Suprema[72] intervino para poner un freno a ese desarrollo del *paper hearing* o reproducción por escrito de una audiencia que por definición es oral.

En esa medida, la justificación de sus reglas se ha vuelto un ejercicio largo y delicado para la agencia que, en decenas de páginas,[73] debe esforzarse por convencer al juez de la racionalidad de sus decisiones. Esta evolución muestra las dificultades del equilibrio entre el atractivo de la democracia participativa y la dificultad e ineficiencia del procedimiento que se le asocia. Además, esta evolución aclara la necesidad que tienen las agencias de recurrir a las excepciones,[74] de exigir las *notice and comments* previstas por la APA o de proceder de modo informal. Esta dimensión informal de la regulación, que permite a la agencia preferir lo cuasi-normativo y la cuasi-sanción a la norma y a la sanción[75] genuinas, se aprehende a través de la originalidad y eficacia de la regulación a la estadounidense que ella devela. Pero además de que el recurso a este derecho se integra al interior de una estructura relacional entre empresas reguladas e instancias reguladoras llena de fluidez, a veces puede ocultar una voluntad de escapar a los rigores de un procedimiento formal y, correlativamente, no constituir de manera clara un rechazo a la unilateralidad propiamente dicha. Lógicamente, no solamente el advenimiento de la función reguladora implicó un cierto acto jurídico, sino que también las dificultades de utilización del instrumento pueden afectar el ejercicio de la función.

---

[71] McGarity, T. "Some thoughts on "deossifying" the rulemaking process", 41 *Duke Law Journal* 1385.

[72] *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural resources Defense Council*, 435 US 519 (1978).

[73] La ironía y la desnaturalización están en que la *APA* exige solamente *a concise and general statement of basis and purpose.*

[74] Estas excepciones pertenecen a la categoría de *non-legislative rules: interpretative rules, general statement of policy or policy statements, rules of agency organization, rules of agency procedure.* Por otra parte, la agencia puede invocar el interés público para fundamentar la excepción llamada *good cause exception.*

[75] Custos, D., *op.cit.,* p. 172 s.

Además, incluso sin tener en cuenta la desnaturalización que pudieron provocar el exceso de exigencias procedimentales, podemos igualmente interrogarnos por el terreno propicio que el método de los comentarios ofrece para la captura de la agencia (por parte del medio regulado). Pues finalmente el público virtual susceptible de sacar efectivamente provecho del derecho a realizar comentarios está esencialmente constituido por aquellos que no solamente poseen los medios de personal sino que también tienen un cierto interés por sensibilizar a la agencia respecto de sus posiciones, a capturarla, así sea convenciéndola de sus bien fundadas intenciones, mediante el proceso de confección del acto administrativo.

2. La consulta selectiva

Este riesgo de captura es incluso más alto en las modalidades de consulta de expertos que las agencias habían organizado anteriormente de manera espontánea. Así, en 1972 fue adoptada la *Federal Advisory Committee Act* para forzar a las agencias de dirección colegiada[76] a organizar de forma equilibrada la consulta selectiva, a publicar el calendario de las reuniones de decisión del colegio de comisarios y a realizar estas reuniones públicamente. Pero, también en este caso, se desarrollaron estrategias para eludir la regla.[77]

Si la consulta pública y la consulta selectiva son ayudas para la toma de decisiones, que en todo caso son decisiones unilaterales, con la reglamentación negociada la democracia participativa, a partir de esfuerzos consensuales, se transforma casi en una reglamentación contractual.

3. La regulación negociada

La regulación negociada se afianza en 1990. Se trata de una opción que se les ofrece a las agencias y que les permite hacer preceder una negociación al procedimiento de *informal rulemaking*. El rasgo característico de este tipo de regulación es que al interior del comité que se establece, los representantes de la agencia y los de las empresas reguladas están en pie de igualdad, incluso si

[76] La ley no se aplica a las agencias con dirección personalizada.
[77] Custos, D., *op.cit.*, p.91.

jurídicamente el consenso que se obtiene no sirve sino de base para la proposición de una regla futura según el procedimiento del *informal rulemaking*, la lógica de la palabra dada y de la eficiencia querrían que la regla final corresponda al consenso previo. En otros términos, la legitimación de la regla se adquiere por una bilateralidad *de facto.*

Naturalmente, el paralelo que hay entre los orígenes de las dimensiones funcional e instrumental de la regulación se transforma con el paso del tiempo, de modo que, cuando con el tiempo la regulación-función se vuelve desregulación, la regulación-instrumento se esfuerza por volverse eficaz.

B. La regulación eficaz

La búsqueda de eficiencia es una de las preocupaciones de la *deregulation* o desreglamentación. Cuatro medidas en particular retienen la atención: tomar en cuenta el impacto de la reglamentación, establecer un límite a la duración de la reglamentación, revisar periódicamente la reglamentación y abstenerse de aplicar la reglamentación. La primera es de aplicación general, las otras tres son de aplicación especial.

1. Tomar en cuenta el impacto de la reglamentación

Desde 1980, la *Paperwork Reduction Act* ha logrado producir un cierto sentido de responsabilidad en los agentes en cuanto a las consecuencias de su actividad normativa sobre la gestión de las empresas reguladas. Con este propósito, la ley requiere que las agencias evalúen el nivel y el costo de las reglas y que tomen medidas para reducir su número. La ley somete también la imposición de una nueva regla procedimental por parte de las agencias a la aprobación prealable de la *Office of Information and regulatory Affairs* establecida al interior de la *Office of Management and Budget.* El texto fue fortlecido en 1995.

La *Regulatory Flexibility Act* de 1980, complementada en 1996 por la *Small Business Regulatory Enforcement and Fairness Act*, opera en el mismo sentido pero está destinada a las pequeñas empresas. A la exigencia del estudio de impacto, se le adiciona no solamente la exigencia de medidas de flexibilidad adicionales en caso de impacto significativo, sino también una exigencia de revisión periódica.

2. Limitar la duración de la reglamentación

Otra forma de limitar la influencia de la intervención reglamentaria en la gestión de las empresas reguladas es darle a las reglas una duración limitada. Así, en el sector de las telecomunicaciones, algunas de las limitaciones[78] que afectan las condiciones de entrada de las compañías regionales o BOCs en los sectores de la telefonía de larga distancia o de los servicios de información a veces no son válidas sino durante cierto tiempo, desde la promulgación de la ley del 8 de febrero de 1996. De hecho, este carácter provisorio de la reglamentación concuerda con el objetivo final de la desregulación que tolera una regulación, en principio pasajera, para promover la competencia.

3. Revisar periódicamente la reglamentación

La ley del 8 de febrero de 1996 retoma un método empleado por la *Regulatory Flexibility Act* de 1980 y algunos decretos presidenciales. Esta ley le impone a la FCC la revisión de las reglas referentes a la propiedad de los medios de producción de la comunicación audiovisual cada dos años y la modificación o supresión de aquellas que considere inadaptadas o inútiles en relación con el interés general. Una modalidad como ésta afecta la regla de una precariedad que asegura su adaptación al mismo tiempo que la desreglamentación.

4. Abstenerse de aplicar la reglamentación

La ley del 8 de febrero de 1996 hace obligatorio para la FCC abstenerse de aplicar las disposiciones legislativas o reglamentarias que esta entidad considere inútiles cuando se dan tres condiciones.[79] El procedimiento es interesante, porque el desuso natural que nace de la obsolescencia de la regla, el Congreso lo sustituye con un desuso constatado. El objetivo de la promoción activa de la competencia suministra el criterio esencial para determinar la inutilidad. El proceso de abstención comienza, ya sea a solicitud de un operador, ya sea por iniciativa de la FCC misma. El interés de este método de desreglamenta-

[78] Como la de la separación de las filiales.

[79] Custos, D., *op.cit.,* p. 106 y s.

ción está en que al evitar la pura y simple supresión, se le confiere a la regla una adaptabilidad que permite concebir una reactivación de la regla, si fuere necesario. En efecto, en la medida en que la adaptabilidad afecta su aplicación y no su existencia, hay que inferir que si la necesidad de la regla llegara a sentirse en el futuro, la FCC tendría el poder implícito de restablecer su aplicación. Sin este poder implícito, la abstención se confunde con la abrogación que acompaña la evaluación periódica. Y si el problema es el de la imposibilidad, por parte de una autoridad administrativa, de abrogar una ley, el texto ha debido limitar la acción de la abstención a las disposiciones legislativas. Para responder al objetivo de desreglamentación, se está en definitiva frente de una regla de derecho eclipsada.

Así se nos presenta entonces la noción estadounidense de regulación. Esta es, en cierta medida, heredera de una migración jurídica, pues la idea de actividades afectadas de un interés público es claramente tomada del derecho inglés y la *Interstate Commerce Commission* no puede ocultar su filiación con la *British Railway Commission.* Pero al desplegar su doble dimensión funcional e instrumental, al institucionalizar la mezcla de poderes y la independencia relativa de ciertas autoridades reguladoras, al garantizar el servicio universal, esta noción estadounidense muestra, sin duda, su singularidad. Su desdoblamiento y su carácter polisémico muestra, sin embargo, tanto su fortaleza como su debilidad. La noción estadounidense de regulación, clave para el derecho administrativo material y procedimental, ofrece un lugar de observación privilegiado para la investigación. Su aspecto proteiforme compromete, sin embargo, su pretensión de convertirse en piedra angular.

Nacida a finales del siglo XIX, la noción no ha permanecido estática. Desde entonces, esta noción se deja aprehender no solamente como regulación económica sino también como regulación social. Desde ese entonces, esta noción dispone de una amplia gama institucional sobre la cual el brillo de la agencia independiente contrasta con la simpleza de la agencia ejecutiva y de la agencia ejecutiva independiente, y, a partir de finales de los años setenta, después de haber pasado la época de énfasis regulatorio, esta noción entró en la era de la desregulación, sinónimo de metamorfosis de los modelos de control y de la reglamentación de las actividades.

Europa se apropia de la regulación y la utiliza como arma de ataque contra los monopolios públicos, en el momento en que los Estado Unidos tratan de librarse de ellos haciendo énfasis en la desregulación, aunque rápidamente se hayan visto obligados a reconocer que ésta última implica una contradicción: la regulación de transición hacia la competencia. Hay cierta ironía en el hecho que la importación del modelo se de en un momento en el que quien lo concibió trate de desmarcarse del mismo. Esta coincidencia es fuente de equivocaciones en cuanto al significado de esta transferencia. Para los importadores europeos, el contexto de la transferencia amenaza con hacer perder de vista el que, del lado del exportador, la regulación es consubstancial a la empresa del Estado administrativo estadounidense y se expresa en la estrecha imbricación de su dimensión funcional y de su dimensión instrumental. Sin embargo, tal concientización sobre las distorsiones típicas de los conceptos jurídicos afecta necesariamente la búsqueda de una definición precisa de la noción de regulación.

La regulación en Brasil

Eros Roberto Grau*

I. La idea de regulación en Brasil

La doctrina jurídica brasileña ha tratado el tema de la regulación desde los años 30.[1]

En ese entonces se oponía la noción de monopolio a la de competencia, al considerar los servicios públicos como actividad que debía desarrollarse bajo el régimen de monopolio. En un texto bastante significativo, escrito en 1940 por Luz de Anahia Mello,[2] encontramos las siguientes observaciones:

> La competencia, dice el proverbio, es la vida del comercio. Esta máxima contiene en el fondo toda la filosofía de la sociedad industrial moderna. La competencia es un fenómeno biológico y económico; un fenómeno universal del mundo de las cosas vivientes. La competencia establece automáticamente, en los negocios, la calidad y el precio de los servicios. Pero la característica esencial de los servicios de utilidad pública es justamente que se organizan mejor como monopolios.
>
> Estos servicios e industrias son *monopolios naturales,* es decir, actividades que, dada su naturaleza, no pueden dirigirse económicamente con eficacia sino como monopolios y no pueden en modo alguno someterse a la competencia sin que esto sea perjudicial para el público.
>
> El *monopolio* es la organización de la producción que se hace de tal manera que una sola agencia realice la prestación de los servicios. El *monopolio* puede ser *real* (*full ownership)* o *convencional* (*by agreement*) cuando varias autoridades independientes se asocian para lograr un precio común, haciendo a un lado así la competencia.

---

* Profesor de la Universidad de Sao Paulo, juez del Tribunal Supremo Federal.

[1] De Anhaia De Mello L., 1940. *O problena econômico dos serviços de utilidade pública*. Prefeitura do Município de São Paulo, São Paulo, p. 33.

[2] *Ibid.*

> La competencia en los negocios ordinarios tiene el propósito de proteger a los consumidores, pero en los servicios de utilidad pública es ciertamente autodestructiva.
>
> El monopolio en esos servicios es la única forma de organizar económicamente la producción, eliminando al mismo tiempo los riesgos y los desperdicios.
>
> Desde el punto de vista económico, por lo tanto, la noción de servicio de utilidad pública se constituye a partir de dos ideas:
>
> - *La idea de monopolio*
>
> - *La idea de necesidad*
>
> Igualmente, ambas deben estar presentes y lo están, necesariamente, en las industrias de utilidad pública.
>
> Cada servicio de esta naturaleza debe tener el monopolio de su clase en el ámbito de su actividad.
>
> Si en otros negocios, los monopolios son ilegales y criminales, en el de la utilidad pública son necesarios, como una garantía para el empresario, el capitalista y el consumidor.

Este texto es muy importante para quienes quieren estudiar la regulación de los servicios públicos en Brasil.

Hay que subrayar que desde hace más de 60 años, en Brasil, la doctrina ya afirmaba que las "autoridades independientes" ejercían "el poder de policía del Estado", y constituían así "la agencia administrativa defensora del público". Es de notar que Anhaia de Mello ya empleaba en 1940 las expresiones "autoridades independientes" y "agencia administrativa".

La idea de regulación que aparece en Brasil es muy precisa, sin ninguna ambigüedad. "Regulación" es el nombre que se le da al conjunto de normas y de actos legislativos que rigen el suministro de servicios públicos.

Otro aspecto que debemos subrayar aquí es que no existe un paralelo entre "servicio de interés general" (SIEG) y la noción de servicio público, pues tienen funciones diferentes.

El concepto de SIEG existe en función del derecho comunitario: la Unión Europea necesita de un concepto, temporal e histórico, para instrumentar y

realizar la integración europea. Tiene una función de integración a nivel del derecho de la competencia.

En beneficio de la integración europea, se pretende la integración entre las autoridades europeas independientes para la regulación de las prestaciones de los SIEG. El concepto le pone límites a la derogación de la competencia inspirados por una ideología neoliberal.

La noción de servicio público (a-temporal) tiene una función diferente y se refiere a la idea de cohesión social, en el sentido que le da León Duguit, y no aquel del artículo 16 del Tratado de Amsterdam cuando se refiere a la "cohesión social y territorial".

En Brasil, la noción de servicio público tiene como función determinar aquello que pertenece y aquello que no pertenece propiamente al Estado. Veremos esto más adelante, cuanto hagamos referencia a los artículos 173 y 175 de la Constitución brasilera.

No es la noción de monopolio la que es inherente al servicio público, sino el control (*titularidade)* del Estado (el hecho que el Estado sea el titular) y, en otro sentido, la continuidad de la actividad. Lo que caracteriza la noción de servicio público es el hecho de que el Estado sea el responsable de su ejecución y quien solicita el suministro.

Esta anotación es muy importante: no hay ningún paralelismo entre el concepto de SIEG y la noción de servicio público "a la brasilera". El concepto de servicio universal, muy importante en el derecho comunitario, no tiene un significado o utilidad en el derecho brasileño.

En consecuencia, no hay ningún paralelismo entre la idea de regulación adecuada a la integración europea y la idea de regulación adecuada al orden jurídico y a la realidad de Brasil.

La "regulación" según la moda europea puede concebirse como el "instrumento de un Estado que ha dejado de ofrecer él mismo un servicio de interés general", pero "que garantiza […] que los intereses públicos esenciales sean respetados por las empresas privadas en competencia".[3] La idea de regula-

[3] Martin Bullinger, "informe sobre Alemania" (Tomo2).

ción está anclada en el nacimiento del servicio de interés general "regulado". La regulación, en Europa, sirve para garantizar que las actividades de servicio público, que originariamente se desarrollaron bajo el régimen de monopolio, puedan llevarse a cabo bajo el régimen de competencia, en el espacio de la integración europea. El SIEG es la traducción de la idea de servicio público en el derecho comunitario. De este modo, la regulación de moda europea es una institución del derecho comunitario.

Brasil no está insertado en un espacio más vasto, dado que el Mercosur no puede ni siquiera asimilarse a una comunidad económica. Igualmente, la regulación de los servicios públicos, en Brasil, no considera que la competencia deba favorecerse. En otros términos, la competencia en Brasil no pertenece a la esencia de la regulación. Adicionalmente, la regulación de los servicios públicos en Brasil, es simplemente regulación de los servicios públicos en el marco del derecho brasileño, y no aquello que aparece en el derecho comunitario bajo la forma de SIEG.

Podemos darnos cuenta de esto fácilmente al observar que hay una diferencia marcada entre la concepción del servicio público "a la francesa" y la concepción de servicio público "a la brasilera".

Por servicio público "a la francesa", se entiende, por lo general, una modalidad de organización de los servicios: consiste en confiar la ejecución de los servicios públicos en red a monopolios públicos por lo general nacionales, cuyos empleados se benefician de un régimen jurídico particular (se asimilan a los funcionarios).[4]

La concepción de servicio público en Francia se caracteriza por la idea de monopolio: una actividad ejercida en régimen de monopolio. Mientras que en el derecho brasilero, los puntos fuertes de la concepción del servicio público son la titularidad y la responsabilidad en el ejercicio de la actividad.

[4] *Le Service public*, Informe oficial, misión presidida por Renaud Denoix de Saint Marc, *La Documentation française*, Paris, 1996, p.21 s. Es importante, sin embargo, no confundir esta modalidad de prestación del servicio público con la doctrina del servicio público, (p. 25).

II. La noción de servicio público en Brasil

Para abarcar correctamente la amplitud de la regulación de los servicios públicos en Brasil, es indispensable procurar la determinación de su noción, tal como se enuncia en la Constitución del Brasil.

La Constitución brasilera separa, al acordarles un tratamiento particular, la *actividad económica* y el *servicio público.*

En su artículo 173[5] enuncia los casos en los que se permite la explotación directa de la *actividad económica* por parte del Estado. En el artículo 175, se establece que la prestación de los *servicios públicos* pertenece al Estado. Por su parte, el artículo 174 dispone la acción del Estado como agente normativo y regulador de la *actividad económica.*

La necesidad de distinguir entre *actividad económica* y *servicio público,* en el marco de la Constitución brasileña, es por lo tanto inobjetable.

No hay, en un primer momento, una oposición entre *actividad económica* y *servicio público*. Por el contrario, la primera expresión está incluida en la segunda. Podemos decir que la prestación de los *servicios públicos* tiene como fin la satisfacción de las necesidades, lo que supone los bienes y los servicios: los recursos escasos. Es por ello que el *servicio público* es un tipo de *actividad económica.*

Diremos que el *servicio público* es el tipo de *actividad económica* cuyo desarrollo concierne *preferencialmente* al sector público, pero no *exclusivamente,* dado que el sector privado explota servicios públicos en régimen de concesión o autorización. Entonces, podemos afirmar también que el *servicio público* es al *sector público* aquello que la *actividad económica* es al sector privado.

Utilizamos aquí, de forma intencional, la expresión *actividad económica* en sentidos diferentes. Cuando afirmamos que el *servicio público es un tipo de actividad económica,* le atribuimos a ésta el significado de un género del cual el *servicio público* es una especie; cuando afirmamos que el *servicio público*

[5] Artículo 173- A excepción de los casos previstos por esta Constitución, la explotación directa de la actividad económica por parte del Estado no se permitirá salvo si esta se hace necesaria debido a los imperativos de la seguridad nacional o de un importante interés colectivo, tal como están definidos por la ley.

es al sector público aquello que la actividad económica es al sector privado, le damos el sentido de una especie.

De esto resulta que el género *–actividad económica–* comprende dos especies: *el servicio público* y la *actividad económica.*

Estamos ahora en capacidad de superar la ambigüedad que en el lenguaje jurídico toma esta última expresión. Pero para superarla es necesario calificar esta expresión, para poder formular, por un lado, los casos en los que ella se refiere al *género*, y por otro lado, los casos en los que se refiere a la *especie* del género. Podemos por lo tanto estar de acuerdo en que la *actividad económica en el sentido amplio* se refiere al género y que la *actividad económica en el sentido estricto* se refiere a la especie.

Si comprendemos que el servicio público es una *noción*, que debe alimentarse por los elementos de la realidad social, podemos decir que la distinción entre servicio público, por un lado, y actividad económica en el sentido estricto, por el otro, se hace en función de las vicisitudes de las relaciones entre las fuerzas sociales.

Aquello que es determinante, aquí, es el examen no solamente de la Constitución, sino también de los hechos, dado que la interpretación y la aplicación del derecho son una sola operación, de suerte que interpretamos para aplicar el derecho, y al hacer esto, no nos limitamos a interpretar (=comprender) los textos normativos, sino que también comprendemos (=interpretamos) los hechos.[6] La norma se encuentra en su estado potencial, envuelta en el texto. Pero está cubierta parcialmente, porque los hechos también la determinan. La

[6] Ver Grau, E., 2003. *Ensaio e discurso sobre a interpretaçao/aplicação do direito*, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo. El intérprete procede a la interpretación de textos normativos y, concomitantemente, a la de los hechos, de manera que la forma en que éstos se presentan pesa mucho en la producción de la(s) norma(s) aplicables(s) al caso. Pero esto no es suficiente porque la interpretación del derecho es constitutiva y no solamente declaratoria. Es decir que ella no se limita a una simple comprensión de los textos y de los hechos; va más lejos. En tanto que interpretación/aplicación, ella parte de la comprensión de los textos normativos y de los hechos, pasa por la producción de las normas que deben ponderarse para la solución del caso, y termina por la escogencia de una solución que se consigna en la norma de decisión. Hay que distinguir entre las normas jurídicas producidas por el intérprete a partir de los textos y de los hechos y la norma de decisión del caso expresado en la sentencia judicial.

norma es producida por el intérprete, no solamente a partir de los elementos que se desprenden del texto –mundo del deber ser–, sino también a partir de los elementos del caso al cual ella se aplicará, es decir, a partir de los elementos de la realidad-mundo del ser.[7]

Esto nos permite comprender que el *servicio público* no es un *concepto* sino una *noción*, plena de historicidad.[8]

La Constitución contiene los elementos y los criterios que hacen posible identificar cuales son las actividades efectuadas por el Estado que pertenecen propiamente al servicio público.

Recordemos aquí la observación de Ruy Cirne Lima:[9]

> La definición de aquello que concierne o no al servicio público no puede establecerse, entre nosotros, sino en la Constitución federal y, cuando no es explícita, hay que considerarla como supuesta en el texto. La ley ordinaria que definirá aquello que concierne o no al servicio público, deberá confrontarse con la definición que de manera explicita o implícita da la Constitución.

Esta afirmación puede orientarnos en la búsqueda de criterios presentes en la Constitución brasileña de 1988, que nos permitan discernir si, y cuando, ciertos ámbitos de *actividad económica en el sentido amplio* pueden, –o, aún más, deben– ser asumidos por el Estado como servicios públicos, quedándole reservada, claro está, la tarea de garantizar su prestación. Es necesario, ade-

[7] Es por esto que decimos que interpretar es concretizar el derecho. En este sentido la interpretación (interpretación/aplicación) realiza la inserción del derecho en la realidad; realiza la mediación entre el carácter general del texto normativo y su aplicación particular. En otros términos, esta interpretación realiza la inserción del derecho en la vida. Interpretar el derecho, es realizar el camino de un punto a otro, de lo universal a lo singular pasando por lo particular, al darle toda la carga de contingencia que le faltaba a lo singular.

[8] Aunque no se sea fácil identificar tal o cual rama de la *actividad económica en el sentido extenso* como *servicio público* o *actividad económica en el sentido estricto,* hay casos en los que el texto constitucional coloca a ciertas de ellas dentro de la primera categoría. Tenemos entonces la categoría de los *servicios públicos constitucionales.*

[9] Cirne Lima, R., 1963. *Pareceres (Direito Público).* Porto Alegre, Livraria Sulina, p. 122.

más, verificar al mismo tiempo si esos ámbitos que hemos identificado como pertenecientes a las actividades del servicio público pueden efectivamente ser considerados como tales.

El artículo 173 del texto constitucional no tiene el propósito –es evidente– de convertir esos ámbitos en *servicios públicos*, dado que el texto trata de la actividad económica en el sentido estricto, en relación con *el imperativo de la seguridad nacional y con un interés colectivo importante.* Igualmente, quien estudie la Constitución brasileña debe buscar en el conjunto del texto constitucional estos criterios, lo que exige la enunciación preliminar de una noción de *servicio público.*[10]

Una vez rechazada la concepción formal de servicio público –es servicio público el servicio administrado bajo un régimen de derecho administrativo[11] (régimen especial marcado por la sumisión de los intereses privados a los intereses públicos-Jèze)– encontramos en León Duguit la conocida definición, así enunciada: es servicio público "toda actividad cuya ejecución está asegurada, reglamentada y controlada por los gobernantes, ya que es indispensable a la realización y al desarrollo de la interdependencia social".[12]

La doctrina brasileña, tal como la expresa Cirne Lima,[13] afirma que el servicio público es "todo servicio existencial, relativo a la sociedad, o, al menos, así considerado en un momento dado, que, por ello mismo, debe ser suministrado a sus miembros, directa o indirectamente, por el Estado, u otra persona administrativa".

Se ve allí que la caracterización del servicio público en Brasil tiene los mismos rasgos que la concepción de Duguit.

---

[10] Hay, entretanto un aspecto que debe, a partir de ahora, subrayarse: La Constitución autoriza al Estado a explotar directamente la actividad económica exclusivamente en los casos previstos por ella, y cuando esta explotación se impone como necesaria a los imperativos de la seguridad nacional o a un interés colectivo importante "tal como está definido por la ley".

[11] Diremos, de otro modo, que el servicio público se caracteriza por la sujeción a un régimen derogatorio de derecho común.

[12] Duguit, L. 1928. *Traité de Droit constitutionnel,* t. 2, 3ed., Boccard, París, p.61.

[13] Cirne Lima, R., 1982. *Princípios de Direito Administrativo.* São Paulo Revista dos Tribunais, 5ª edição, p. 82.

En el marco del derecho brasileño, el servicio público es la actividad indispensable para la obtención de la cohesión social. Más precisamente, aquello que determina, en Brasil, la caracterización de un dominio de la actividad económica en el sentido extenso como parte del *servicio público* es su estrecha relación con el *interés social.*

En el momento en que el Estado ejerce una actividad económica en el sentido amplio en función de un *imperativo de seguridad nacional*, o para responder a *un interés colectivo importante,* desempeña una *actividad económica en el sentido estricto;* por otra parte, en el momento en que lo hace para responder a un *interés social*, el Estado desarrolla *un servicio público.*[14]

Una de las características de la Constitución brasileña es su carácter *axiológico* –y, por consiguiente, *programático*– en el sentido en que no estipula solamente reglas, sino también *principios*.

De esta manera los preceptos contenidos en los artículos 1, 3 y 170 toman una importancia particular.

> Artículo 1 – La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y las comunas, y del distrito federal, se constituye en Estado democrático de derecho y tiene como fundamentos
> - la soberanía,
> - la ciudadanía,
> - la dignidad de la persona humana,
> - los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa,
> - el pluralismo político.
>
> Artículo 3 – Constituyen objetivos fundamentales de la República federativa de Brasil:
> - construir una sociedad libre, justa y solidaria,
> - garantizar el desarrollo nacional,
> - extirpar la pobreza y la marginalización y reducir las inequidades sociales y regionales,

[14] El *interés colectivo* y el *interés social* son distintos, a pesar de que ambos entren en la categoría de *interés público.*

> - promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y otras formas de discriminación.
>
> Artículo 170 – El orden económico, fundado sobre la valorización del trabajo humano y sobre la libre iniciativa, tiene como fin asegurar a todos una existencia digna conforme con las exigencias de justicia social, en el respeto a los siguientes principios:
>
> - la soberanía nacional,
> - la propiedad privada,
> - la función social de la propiedad,
> - la libre competencia,
> - la defensa del consumidor,
> - la defensa del medio ambiente,
> - la reducción de las desigualdades sociales y regionales,
> - la búsqueda del pleno empleo,
> - el apoyo a las pequeñas empresas establecidas según las leyes brasileñas y cuya sede y administración se encuentren en el país.

Por otra parte, dado que la Constitución brasileña es una constitución *programática* –en el sentido en que enuncia orientaciones, programas y fines que deben ser realizados por el Estado y la sociedad– es claro que, cuando ella se refiere a la "República Federativa de Brasil", se refiere simplemente a "Brasil", a la sociedad brasileña.

Así, la Constitución brasileña permite identificar nuevos sectores de servicio público, según lo que se desprende de las orientaciones, programas y fines que ella enuncia, para ser implementados por el Estado y la sociedad. Igualmente, la Constitución permite determinar la intensidad del compromiso del Estado dentro de las actividades que define como servicio público.

Lo que es importante en cualquier caso, es la posibilidad de encontrar en la Constitución brasilera parámetros capaces de delimitar, al interior del espacio de las *actividades económicas en el sentido extenso*, el dominio propio de los *servicios públicos.*

Dicho esto, debemos tratar de determinar el significado de la expresión *servicio público*, que no puede establecerse recurriendo al *concepto* de servicio público. Es a las *nociones* a las que queremos recurrir (Sartre).[15]

Puede decirse que el *concepto* es a-temporal. Es posible estudiar la forma en que los conceptos se originan entre sí al interior de categorías determinadas. Pero ni el tiempo, ni por consiguiente la historia, pueden ser objeto de un *concepto.* Hay en ello una contradicción terminológica. En el momento en el que se introduce la temporalidad, debe considerarse que en el interior del desarrollo temporal el concepto se modifica. La *noción,* por el contrario, puede definirse como una idea que se desarrolla ella misma, por contradicciones y superaciones sucesivas inherentes al desarrollo de las cosas.[16]

Es por esto que la determinación de un *concepto* de servicio público no puede llevarnos muy lejos, es por ello que debemos buscar más bien la definición de su *noción.*

La noción de servicio público adecuada al derecho brasileño –en el sentido que permita una operatividad fluida del sistema de normas que ella contiene– debe construirse a partir de las ideas de cohesión social e interdependencia social.

En una primera aproximación, diremos que toma el carácter de servicio público toda actividad cuyo cumplimiento se hace indispensable para la realización y el desarrollo de la cohesión social y de la interdependencia social (Duguit) o, en otros términos, toda actividad que cumpla un servicio existencial en relación con la sociedad (Cirne Luna).

Es por esto que esa actividad toma el carácter de servicio público, que ésta debe ser suministrada por el Estado (o por otra persona administrativa, directa o indirectamente).

---

[15] Sartre, J.P., 1966. "Entretien avec Bernard Pingaud", *L'ARC, 30*, p. 93-94. Respecto a esto, Étienne Balibar, en una nota biográfica sobre Althusser escribe: "En cuanto a Althusser y su influencia, Sartre dirá que se trata de tomar partido por el *concepto* frente a la *noción".* (Balibar, E., 1991, *Écrits pour Althusser*, La Découverte, París, p. 126-127).

[16] A partir de esto, nos parece que la pregunta por la *indeterminación* de los conceptos encuentra su solución en la *historicidad* de las nociones. Allí donde la doctrina brasileña piensa, equivocadamente, que hay un "concepto indeterminado", lo que en realidad hay es una *noción.*

Ahora bien, la identificación de los casos en los que la realización y el desarrollo de la cohesión social y de la interdependencia social exigen la prestación de una determinada actividad por parte del Estado (= los casos en los que esta actividad asume un carácter existencial en relación con la sociedad) procede de la Constitución.

La Constitución, ya lo hemos notado, no solamente permite la identificación de nuevos sectores de *servicio público,* sino que también indica la intensidad de la prestación.

Debe resaltarse que esta función la asume la Constitución considerada como un todo. Con esto queremos decir que su intérprete no debe detenerse exclusivamente en el análisis de las orientaciones, programas y fines que ella enuncia para ser realizados por el Estado y por la sociedad, sino que más bien, debe interpretarla en su conjunto. Insistamos sobre este punto: no se debe interpretar la Constitución por fragmentos.[17]

Además, también debe considerarse que la Constitución posee un dinamismo. Es del presente y de la vida real de donde surgen las fuerzas que le dan vida a la Constitución al igual que al derecho en general. Es por esto que los movimientos de reducción y de amplificación de los segmentos de actividad económica en el sentido amplio, que corresponden al servicio público, reflejan la acción de las fuerzas sociales en un momento dado, entendiéndose, claro está, que ellas están también enmarcadas por la Constitución.

Así, es servicio público, en la noción que allí encontramos, la actividad definida de manera explícita o implícita por la Constitución como indispensable, en un cierto momento histórico, para la realización y el desarrollo de la cohesión social y de la interdependencia social (Duguit) – o, en otros términos, la actividad definida de manera explícita o implícita por la Constitución como un servicio existencial para la sociedad en un momento histórico preciso (Cirne Lima).

No es inútil recordar aquí que la interpretación de la Constitución, indispensable para develar todo aquello que ella define explícita o implícitamente,

[17] Ver Grau, E., 2003, *op.cit.*

implica también la interpretación de los hechos, tal y como ellos se manifiestan en un momento dado, como se dijo anteriormente.

Esta larga exposición confirma la afirmación según la cual en Brasil, la noción de servicio público tiene la función de determinar lo que es y lo que no es propio del Estado. La noción se relaciona con el control del servicio y sirve para establecer la responsabilidad del Estado en lo que se refiere a la continuidad de la prestación[18] del servicio público. No es el monopolio de la actividad lo que la caracteriza. Por otra parte, esta exposición confirma también que no existe ningún paralelismo entre la noción de SIEG y la noción de servicio público "a la brasilera".

[18] Una buena parte de la filosofía del servicio público se origina en el principio de continuidad del servicio público (Ver Santamaría Pastor, J.. A., 1999. *Principios de derecho administrativo,* vol. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, p. 239; Lachaume, J.Fr., Boiteau, C., Pauliat, H., 2000. *Grands services publics*. 2ª ed. París, Armand Colin, p. 275. S.; Delperée, F., 1981. "Les affaires courantes en Belgique – Observations sur la loi de la continuité du service public", en: *Service Public et libertés – Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Éditions de l´Université et de l´Enseignement moderne, París, p. 51 s. Además, la idea de continuidad es inherente, incluso en la Edad Media, a las actividades que hemos llamado de *servicio público.* Una ordenanza de Carlos IX, establecía que los *derechos de peaje* comprendían la responsabilidad por el mantenimiento en buen estado de puentes, caminos y pasos. En dado caso, los pagos del peaje serían recogido por los agentes del reino (procuradores) y consagrado a la reparación y conservación de los puentes (ver Jean de Lacon, *Le corps du Droict français, contenant la conference des ordonnances royavx, et Covstumes observees av Royaume de France.*París, MDC, p. 361). El mismo precepto se reproduce en el siglo XIX, en el artículo 42 del *Cahier des Charges* aplicable a la concesión de transportes por vías férreas: "La vía férrea y todas sus dependencias serán mantenidas constantemente en buen estado de manera que la circulación sea siempre fácil y segura. El estado de dichas vías y de sus dependencias será revisado anualmente, y con más frecuencia en caso de urgencia o accidentes, por uno o varios comisarios que la administración designará. Los gastos de mantenimiento y de reparación, sean ordinarios o extraordinarios, quedarán enteramente a cargo de la compañía" (Ver Dufour G., 1854, *Traité général de droit administratif appliqué*, t. 3, 2ª ed. París, Cotillon, p. 213-214.). Además, el modelo de *Cahier des charges* (pliego de condiciones) para la concesión de los puentes, reglamentado por la circular del 7 de mayo de 1870, establece en su artículo 26 que, si la circulación se interrumpiera, el concesionario debería proveer, por su cuenta, un servicio de paso por barco; además, si el puente llegara a ser destruido, incluso en caso de fuerza mayor, el concesionario estaría en la obligación de reconstruirlo sin ningún derecho de indemnización por parte del Estado (ver Aucoc, L., 1882. *Conférences sur l´administration et le droit administratif,* 2ª ed., Dunod, París, p. 50-51).

Finalmente, resulta evidente que no hay un paralelismo entre la idea de regulación adecuada a la integración europea y la idea de regulación adecuada al orden jurídico y a la realidad brasileña.

III. Regulación como teoría social

Como expresión ideológica, la regulación llega al Brasil a comienzos de los años 90, vinculado al movimiento que proponía *más sociedad*, *menos Estado*, lo que supone la sustitución de la regulación estatal (=reglamentación) por las *regulaciones sociales.* En ese primer momento, ya había una cierta ambigüedad, en la medida en que los norteamericanos emplean el término *regulación* para significar aquello que nosotros designamos como "reglamentación", *desregulación* para ellos, toma el mismo significado que nuestra "regulación". Es decir: la *desregulación* de los norteamericanos es a la *regulación* lo que para nosotros la "regulación" es a la "reglamentación".

Dado que la regulación puede tomarse tanto como *objeto* (la práctica de la regulación) y como *teoría social*, se pretendía estructurar una nueva teoría del derecho, una teoría sistémica que presuponga la armonía de los intereses y la posibilidad de construir (¿por una "mano invisible?) lo colectivo a partir de lo individual.

Esta teoría –la teoría de la regulación– en la medida en que supone que la sociedad es auto-sostenible, propone la regulación a partir del *interior* (se pretende sustituir la exoregulación por la endoregulación o autorregulación). Sobreviene entonces una curiosa contradicción: los adeptos de la regulación sostienen que los agentes económicos no pueden permanecer sujetos a la inestabilidad política. También, sería indispensable sustituirle al modelo de regulación exógena las modernas técnicas de regulación endógena que deberían ser implementadas por agencias. Al hacer esta proposición, estos adeptos muestran su desconocimiento del mercado que, como veremos, es una institución jurídica, producida por el derecho y establecida por el Estado, y que el adjetivo "exógeno", en el contexto de su argumentación, implica la transferencia de poderes de reglamentación del mercado al mercado mismo. La falta de reflexión los lleva a proponer que la sociedad civil (=el mercado) se ocupe de tareas que le pertenecen propiamente al Estado y, lo que es más grave, los lleva a hacer de

esas "agencias independientes", unos delegados del mercado mismo… ¿Habría otra justificación acaso para el uso de ese adjetivo dentro de su discurso?

Entretanto la velocidad de las transformaciones de nuestro tiempo ha enfriado el entusiasmo inicial de algunos. La teoría se desbarató ante ciertos argumentos irrefutables, y ya no se habla más de ella.[19] Lo que queda de todo esto es la constatación de que el movimiento de la regulación no postula la anomia de los mercados, sino nuevas modalidades de regulación más eficaces.

De todas maneras, incluso si esta teoría pudiera aplicarse de una manera socialmente adecuada a las relaciones de *comunidad de fines,* seguiría siendo enteramente inadecuada para las relaciones que llamamos de *intercambio.* En las primeras, las voluntades de los que se encuentran relacionados van a la par; en las segundas, esas voluntades se encuentran en oposición.[20]

IV. Los sentidos de la regulación

El vocablo *regulación* es ambiguo, pues se relaciona, por una parte, con la regulación de los servicios públicos y, por otra parte, con la regulación de la actividad económica en un sentido estricto. La idea de regulación, como vimos, apareció inicialmente en Brasil, en relación con la prestación de servicios públicos. Su ambigüedad, sin embargo, no se desprende únicamente de esta dualidad de sentido –regulación de los servicios públicos/regulación de la actividad económica en un sentido estricto– sino también de que la palabra *regulación* puede, en ambos casos, designar conceptos diferentes entre sí. El contenido de la regulación de los servicios públicos es diferente al contenido de la regulación de la actividad económica en sentido estricto.

De todas maneras, la regulación es una función (=deber-poder) del Estado, que se ejerce no como un poder de policía, sino en el marco del *orden público económico.*

---

[19] Ver Grau, E., 2003. *O direito posto e o direito pressuposto*, 5ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, p. 131 s.

[20] Los contratos de intercambio *dirimunt partes,* los contratos de comunión de fines *communionem adferunt* (ver Jehring, R., 1884. *Der Zweck im Recht.* Vol 1, 2ª ed. Breitkopf&Härtel, Leipzig, p. 212-213.

V. La regulación de la actividad económica en sentido estricto: la regulación del mercado

La regulación de la actividad económica en un sentido estricto corresponde a la acción del Estado sobre el mercado.

La regulación tiene aquí el mismo sentido que el que se le atribuye al vocablo *intervención* (=intervención del Estado en el ámbito económico, acción del Estado en el ámbito de acción propio del sector privado).

El mercado es una institución jurídica constituida por el derecho positivo, por el derecho desarrollado por el Estado moderno.[21] Contrariamente a lo que se cree, no es un orden jurídico natural, sino un orden artificial. La "mano invisible" no ha existido nunca.

A finales del siglo XVIII, el mercado toma forma como proyecto político y social. El mercado se desdobla; sin dejar de referirse a los lugares que designamos como mercado y feria, el mercado asume el carácter de una idea lógica que reúne una serie de actos, hechos y objetos.

El mercado ya no significa, exclusivamente, el lugar en el que se practican relaciones de intercambio, sino que expresa un proyecto político como principio de organización social.[22]

Dado que el mercado es una institución jurídica, constituida por el derecho desarrollado por el Estado, se le pidé al Estado, al mismo tiempo, que sea garante de la libertad económica y, concomitantemente, que asegure su reglamentación (=regulación).[23] En tanto que actividad, las reglas constituyen el substrato del mercado.[24] El derecho que el Estado ha realizado procura, entonces, garantizar el cumplimiento de estas reglas y, en otros términos, garantizar la ejecución de los contratos. El derecho existe fundamentalmente en este caso para permitir la fluidez de la circulación comercial y lleva consigo la pretensión de dominar toda la realidad (*verbi gratia* al domesticar los determinismos eco-

[21] Ver Irti, N., 1998. *L´ordine giurídico del mercato*. 3e ed. Roma, Laterza.

[22] Pierre Rosanvallon habla del mercado como *representación de la sociedad civil* (Rosanvallon, P., 1989. *Le libéralisme économique – Histoire de l´idée de marché*. París, Le Seuil, p. 3.

[23] Torre-Schaub, M., 2002. *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché,* LGDJ. París, p.4.

[24] *Ibidem,* p. 11.

nómicos). Pero el mercado presenta una contradicción patente que podemos enunciar en los términos siguientes: el capitalismo necesita del orden, pero no lo soporta y trata de exorcizarlo por todos los medios.

En otros términos, el mercado exige, para la satisfacción de sus intereses el alejamiento o la reducción de toda traba social, política o moral[25] al proceso de acumulación de capital. El mercado exige la acción del Estado para garantizar la fluidez de sus relaciones pero, al mismo tiempo, exige que esta acción se reduzca al mínimo.

En breve, el mercado, además de ser lugar y principio de organización social, es una institución jurídica (=institucionalizadas y configurada por el derecho realizado por el Estado). Su consistencia se da en función de la seguridad y la certeza jurídicas que instaura esta institucionalización, al permitir la previsibilidad de los comportamientos y el cálculo económico.

La garantía de la fluidez de sus relaciones es una doble garantía, contra el Estado y contra los otros agentes que actúan sobre el mercado.

La generalidad y la abstracción de la ley protegen al individuo contra la arbitrariedad estatal, porque es indispensable para "el cálculo y la seguridad inherentes a la producción capitalista". Pero el "cálculo y seguridad inherentes a la producción capitalista" exigen también la previsibilidad del comportamiento de los agentes económicos.

Es decir que cada agente económico necesita garantías contra el Estado y contra *los otros agentes económicos que actúan en el mercado.* El cálculo y la seguridad inherentes a la producción capitalista exigen una doble garantía: contra el Estado (=liberalismo político) y a favor del mercado (=liberalismo económico).

La ley proporciona la primera garantía, que corresponde al liberalismo político, y, concomitantemente, ella se pone al servicio de la preservación del mercado (= liberalismo económico; la libertad económica en sus dos facetas, *libertad pública y libertad privada*). En fin, lo que se protege es la *autonomía individual de los agentes económicos.*

[25] Balibar, E., 2003, *L´Europe, l´Amérique, la guerre.* París, La Découverte, p. 117.

Nosotros damos el nombre de regulación, regulación del mercado, a toda la acción fundamentalmente normativa del Estado que garantiza el funcionamiento del mercado, pero que procura también suplir ciertas insuficiencias de los agentes económicos en la práctica de las actividades económicas.

VI. El contenido de la regulación de los servicios públicos

Hay una regulación de los servicios públicos sobre todo, pero no exclusivamente, cuando el Estado regula y atribuye su prestación mediante una concesión al sector privado.[26]

La concesión de los servicios públicos demanda una regulación mayor a la que se adopta cuando la prestación de servicios es realizada por entidades del Estado (establecimientos públicos o empresas del Estado).

Ciertamente la concesión del servicio público implica una densidad mayor de esta modalidad de regulación.

La regulación de los servicios públicos abarca un conjunto de actos normativos y administrativos. En este sentido, la regulación es diferente de la reglamentación que, en general, implica solamente la expedición de actos normativos.

La presencia de las agencias –designación que se le da en Brasil a las autoridades independientes, incluso si no son las únicas que ejercen esa autoridad– le da un carácter particular a la regulación de los servicios públicos. Hay que recordar que la idea de regulación no se impone en Brasil sino en la segunda mitad del siglo XX; la función la ejercían entonces órganos administrativos clásicos. No existían en ese entonces entidades análogas a las agencias. En breve, la existencia de una agencia reguladora de los servicios públicos no hace parte de la esencia de la idea de regulación. Incluso hoy en día, en Brasil, puede hablarse de actividad de regulación ejercida por órganos o entidades de la administración no caracterizados como agencias.

[26] En la concesión, no existe "privatización" del servicio público, dado que el Estado, poder concesionario, no transfiere su titularidad ("titular" es aquel que posee) a los concesionarios. Es un error hablar de "privatización de los servicios públicos" cuando se hace referencia al movimiento de transferencia del privilegio de esta prestación hacia el sector privado por vía de la concesión.

Otro punto que distingue la regulación brasilera de los servicios públicos de la regulación europea es que la promoción de la competencia entre los proveedores del servicio no es un elemento fundamental en Brasil. La regulación europea de los servicios públicos es una regulación de los SIEG, lo que implica, como objetivo, el garantizar la competencia, incluso si está en armonía con el interés general.

Además, es importante notar que la fijación de las tarifas de los servicios públicos no se le atribuye, en Brasil, al mercado. Esta tarea pertenece a las agencias reguladoras que son el poder que las fija. Es cierto que, en el sector de la electricidad, se ha querido crear un mercado de la energía. Pero el modelo de organización de los segmentos de la prestación de esos servicios –producción, transmisión y distribución– no funcionó de manera adecuada; en la actualidad es objeto de una modificación importante.

VII. La independencia de las agencias en Brasil

En la jerga introducida en el derecho brasileño desde finales de los años 80, se encuentra la expresión "autoridades independientes". La idea central, que se tomó prestada del extranjero, es que estas agencias estarían provistas de un grado elevado de *independencia* en relación con el poder ejecutivo. Es a partir de esta noción que se construyó, sin un punto de apoyo en nuestro derecho constitucional, la teoría de la separación entre las *políticas de Estado* y las *políticas de gobierno.*

Esta teoría es ajena a la Constitución brasileña, pues pretende anular toda interferencia de los gobiernos elegidos democráticamente en las *políticas de Estado,* y esto, de forma sofisticada, al hacer alusión a nociones consagradas por la doctrina norteamericana, tales como la "captura" de las autoridades independientes, la teoría de juegos y otras más.

Aquello que, en efecto, se postula mediante la manipulación retórica de esas dos expresiones, *Políticas de gobierno* y *políticas de Estado* –conscientemente según algunos, inconscientemente según muchos otros– es, en últimas, la transferencia de los poderes de decisión del Estado a la sociedad civil, que en este ámbito está dominada por el mercado.

Sin embargo, la interpretación de la Constitución brasileña no lleva sino a una conclusión: a fuerza de distinguir las unas de las otras, las *políticas de Estado* no pueden ser sino las políticas ya definidas por la Constitución – como por ejemplo, de manera implícita o explícita, la política de desarrollo urbano (art. 182), la política agrícola, territorial y de reforma agraria (art 184 a 191), las políticas de salud y saneamiento (art. 196 y 200), las políticas de crédito, cambiaria, de seguros y de transferencia de valores (art. 22, VIII), la política nacional de transportes (art. 22, IX).

Las *políticas de gobierno,* por otra parte, no podrían sino hacer referencia a las opciones de cada gobierno elegido con miras a la realización de las *políticas de Estado* y de los *objetivos fundamentales del Brasil* enunciados en el artículo 3 de la Constitución brasileña.

Hay, por otra parte, un argumento que conduce definitivamente a rechazar esta teoría.

El argumento es que Brasil adoptó un régimen presidencial. Por ello, al contrario de lo que ocurre en los regímenes parlamentarios, el presidente de la República es a la vez el jefe del Estado y el jefe de gobierno, en la medida en que él ejerce la dirección del poder ejecutivo.

Hacer esta constatación es suficiente para que esa extraña teoría se derrumbe por sí misma.

Una vez descartado el argumento retórico de la oposición entre esas dos categorías de políticas, es necesario examinar la tesis, cuyos términos pueden resumirse así:

> La regulación económica y "técnica", propiamente dicha, debe ser desgubernamentalizada, depender únicamente de la ley y permanecer libre de orientaciones gubernamentales, puesto que la regulación debe constituir un marco estable, seguro, y previsible para la economía, es decir, para los emprendedores y para los inversionistas.

Esta tesis es temible, en la medida en que, al proponer la "desgubernamentalización" de la regulación técnica, conduce a un desplazamiento de la responsabilidad de la formulación de las políticas públicas en el ámbito de los

servicios públicos hacia un centro de decisión que, incluso a pesar de estar insertado en la estructura del Estado, no esta sometido al *poder del Estado.*

El Estado es una institución, una abstracción. El *poder del Estado* lo detenta el gobierno, que lo representa. Así, la pretendida "desgubernamentalización" de la regulación técnica somete esas decisiones a aquellos que se encuentran al margen del gobierno, incluso si es un organismo accesorio del Estado el que toma esas decisiones. Accesorio, pero protegido de toda interferencia del gobierno e inmediatamente bajo la tutela, no *del poder del Estado*, sino de la *tecnocracia*.

Se pretende que el "mercado" regule también los servicios públicos. Se supone que la lógica de la competencia debe funcionar y ser positiva en todos los mercados, lo cual no es cierto. *El mercado sabe todo sobre los precios, pero nada, absolutamente nada, sobre los valores.* Hay que decirlo: el mercado no sabe operar el servicio público de manera adecuada para el interés público.[27]

Esta teoría tiene en su origen la imprecisión de la distinción entre "técnico" y "político", afirmar la excelencia de las autoridades independientes bajo el pretexto de que sus competencias son "técnicas" y no "políticas". Esta distinción –los europeos lo saben bien y la experiencia brasilera lo demuestra– es falsa.

La pregunta que se debe plantear es la siguiente: ¿El suministro de los servicios públicos debe mantener su inmunidad contra la influencia del presidente de la República y de sus ministros?

Pues es esto lo que se tiene en mente cuando se toma la opción de dejar la "regulación" de los monopolios (=servicios públicos) a esas entidades "independientes", que no se verían afectadas por influencias políticas. Dicho en otros términos, las influencias políticas (=del presidente de la República y de sus ministros) serían un factor de inestabilidad para los inversionistas y serían, por consiguiente, indeseables. Así, la gestión de "aspectos técnicos" de la regulación debe atribuirse a las autoridades independientes.

Sin embargo, independientemente de la diferencia existente entre las dos, esta línea de argumentación es errónea, si se considera que la técnica

[27] Siguen siendo verdaderas, en el marco de la realidad brasileña, las observaciones de Luiz de Anhaia Mello, hechas ya en 1940, ver *supra.*

también es política y que en la realidad de los hechos, se ha vuelto imposible separar una de la otra.

El Estado es un complejo de servicios públicos, cuyo suministro es indispensable para la cohesión social. De esto resulta que no es posible ignorar que el Estado debe formular políticas públicas. Ese deber, y no solamente el poder, es lo que caracteriza al Estado como una entidad superior a la sociedad civil, en el sentido hegeliano.

Entre las numerosas preguntas que deben respondernos quienes defienden la regulación realizada por las autoridades independientes presentamos dos. ¿A quién deben responder los "técnicos" que las dirigen? ¿Quién responderá por los daños en relación con el parágrafo 6 del artículo 37 de la Constitución brasilera en el caso que éste prevé?[28]

Las *autoridades independientes respecto al Estado,* no podrían, en un discurso coherente, concebirse como extensiones del Estado mismo.

Lo que le falta a nuestros adeptos de la regulación llevada a cabo por las autoridades independientes, es comprender que la sociedad civil y el Estado se hallan en planos diferentes: la primera es el espacio de los pluralismos y las contradicciones, y el Estado es el lugar de la universalidad y de aquello que es común.

En la sociedad civil coexisten las particularidades. Allí, las oposiciones se superan por conveniencia. El Estado, momento posterior a la sociedad civil, es el *Estado de la razón,* de la racionalidad, no una simple adición de todas las partes que la componen.

Al considerar el desplazamiento del poder de decisión del Estado hacia la sociedad civil dominada por el mercado, el ciudadano –que vive así su existencia al nivel del Estado– se convierte exclusivamente en un agente económico. El usuario de los servicios públicos se transforma entonces en "cliente".

En lo que se refiere al argumento recurrente según el cual los inversionistas extranjeros reclaman la confianza que los incentivaría a realizar inversiones en el país, es inconcebible atribuir al mercado la regulación de los

[28] Responsabilidad objetiva del Estado.

servicios públicos como condición de instalación de un clima de fiabilidad. Por el contrario, le corresponde al Estado construir e instaurar la confianza para el país, y no para a los agentes económicos de diferentes sectores nacionales.

Las autoridades independientes no constituyen una novedad en el cuerpo de la administración brasileña. Tanto el Banco Central de Brasil como la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM) responden al mismo modelo.

Lo que ocurre, es que las "autoridades independientes" toman la forma de "establecimientos públicos de régimen especial", con la particularidad que sus dirigentes son titulares de *mandatos de duración fija, no revocables.* En esta medida –y se trata de un fenómeno que no es exclusivamente brasileño– la introducción del monismo instala una verdadera guerra de poder al interior de la administración que, en función de una supuesta "independencia" respecto del poder ejecutivo, engendra en todas partes una gran confusión. La reciente lucha desatada por el Consejo Administrativo de la Defensa Económica (CADE), encargado del control *antitrust*, contra el Banco Central y su negativa a la aceptación de la recomendación de los Abogados generales (Tribunal de Justicia) de la Unión, que había sido aprobada por el Presidente de la República, es ejemplar. El Banco Central y el CADE se disputaban la competencia para ejercer el control antimonopolio en lo referente a la fusión de bancos privados. El asunto fue examinado por el Tribunal de Justicia de la Unión que se inclinó a favor de la competencia del Banco Central. Esta controversia todavía no se ha terminado.

Es necesario, al respecto, hacer una breve digresión sobre los roles que cada entidad pública desempeña en la administración brasileña.

El Estado es una *persona jurídica única* que realiza *múltiples funciones;* administrar es una de ellas, y la realiza fundamentalmente mediante una *administración*. Entendemos "administración", a partir del Derecho administrativo, como una *persona jurídica*, un *sujeto de derecho.*

La función administrativa ciertamente no es realizada exclusivamente por el poder ejecutivo, sino también por el poder legislativo y el poder judicial. Pero es al interior del poder ejecutivo en donde por excelencia se sitúa la administración.

En realidad, resulta que no existe una sola y única administración, sino una pluralidad de administraciones públicas, titulares de relaciones jurídico-administrativas. En Brasil, al lado de la administración federal, se alinean las administraciones de los Estados miembros de la Federación y las administraciones de las ciudades, cada una con su personalidad jurídica propia, y una pléyade de entidades institucionales o corporativas igualmente personificadas.

Todas estas entidades actúan, sin embargo, de forma armoniosa, gracias a la definición de un marco de competencias establecidas en el plano constitucional y a los mecanismos de tutela y de instrumentalización establecidos entre cada una de ellas y sus entidades, de forma que toda la galaxia administrativa se inscribe dentro de una misma unidad estructural y sistemática.[29]

Esta unidad estructural y sistemática se desprende del artículo 37 de la Constitución de 1988 y está confirmada por la legislación infraconstitucional.

La legislación infraconstitucional (parágrafo 2 del artículo 1ero de la Ley 9.784/99 que regula el proceso administrativo en el marco de la administración federal) define esas entidades administrativas como "unidad(es) de acción que integran la estructura de la administración directa y la estructura de la administración indirecta".

De esta manera, se hace evidente que la expresión "organismo público" puede emplearse en un sentido amplio para designar, no solamente a los "organismos" desprovistos de personalidad jurídica, sino también a las unidades de la administración indirecta, los establecimientos públicos, las fundaciones y las empresas del Estado.

Los establecimientos públicos son personas jurídicas de derecho público. Situados a veces en el ámbito de la administración indirecta descentralizada, estos establecimientos no se subordinan a ningún organismo del Estado, sino que simplemente son controlados. Son responsables de su propio comportamiento.[30]

---

[29] García de Enterría E., Fernández, T. R., 1983. *Curso de derecho Administrativo*, vol. 1, 4ed. Madrid, Civitas, p. 34.

[30] Ver Bandeira de Mello C.A., 2002. *Curso de Direito Administrativo*, 15ed. São Paulo, Malheiros, p. 148.

Esto no quiere decir que estos establecimientos se vuelvan independientes, pues están sujetos a la tutela administrativa, es decir, al "poder que le permite a la administración central tener sobre ellos una influencia tendiente al cumplimiento de los objetivos públicos para los cuales fueron creados, armonizándolos así con la acción administrativa global del Estado".[31]

Lo que afirmamos aquí es, en resumen, que en la medida en que las autoridades independientes están insertadas en una "unidad estructural y sistemática" –la "Administración"–, éstas no pueden seguir un camino diferente al de esa misma unidad.

La independencia, que se invoca a propósito de los organismos y de los establecimientos públicos, dentro de los cuales figuran las autoridades independientes, no puede comprenderse en Brasil bajo la Constitución de 1988, sino como una independencia frente a los agentes que están sometidos a la regulación. La independencia no puede entenderse en Brasil sino por oposición a su "captura" por parte de los agentes económicos a los que apunta la regulación, lo que, como es sabido, no es algo inhabitual.

Sin embargo, es evidente que la independencia (ausencia de subordinación jerárquica) de los establecimientos públicos no los sitúa al margen del aparato del Estado, para legitimar el ejercicio de una acción que fuere contraria a las políticas públicas gubernamentales.

Así, incluso admitiendo que los establecimientos públicos especiales no están orgánicamente integrados a la administración ordinaria del Estado, éstos no pueden concebirse como entidades disociadas del aparato del Estado y por consiguiente de la administración.

Estos establecimientos no tienen la capacidad de constituir una administración distinta paralela a la administración clásica, que sobrepase los límites estrictos de sus atribuciones (¿la administración de las "políticas de Estado", intocables para el Gobierno?); y tampoco pueden actuar al margen de las reglas y principios del derecho administrativo brasilero, sobretodo en lo que se refiere a lo que establece la Constitución brasileña.

[31] *Ibidem,* p. 149.

Insistamos sobre este punto: las autoridades independientes son asimilables a establecimientos públicos (*autarquías),* nada más.

De todo esto concluimos que:

- Las autoridades independientes de regulación son establecimientos públicos, cuyo propósito es garantizar la no interrupción de la prestación de los servicios delegados a la iniciativa privada.
- Si se trata de establecimientos públicos, estas autoridades se insertan en la estructura del Estado y desarrollan funciones administrativas y normativas omnipresentes en el ámbito del poder ejecutivo, que tiene como dirigente supremo al Presidente de la República en el marco federal, al gobernador en el marco de los Estados miembros y al alcalde en el marco de las ciudades.

Su calificación de establecimientos públicos *de régimen especial* se desprendería del hecho de que se les asegure:

- una ausencia de subordinación jerárquica,
- autonomía administrativa, financiera, patrimonial, de gestión de recursos humanos y técnicos,
- un mandato fijo y la estabilidad de sus dirigentes.

Resulta que esas características son propias de y particulares a los establecimientos públicos, salvo las dos últimas (mandato fijo y estabilidad de sus dirigentes).

Pero esas innovaciones son irremediablemente inconstitucionales.

La suposición de que el mandato de los auxiliares del jefe del Poder ejecutivo, de los dirigentes de los establecimientos públicos, no pueda ser revocado por éste es incompatible con el régimen presidencial.

El artículo 84, II de la Constitución brasileña afirma que corresponde a la competencia propia del Presidente de la República el ejercicio de la dirección superior de la administración federal. De allí lo absurdo de la idea de que los dirigentes de los establecimientos públicos serían titulares de un derecho a ser

mantenidos en sus puestos más allá de un mismo periodo de gobierno. Esto correspondería a un fraude contra la población que eligió a sus gobernantes.[32]

Hay que notar que la autonomía que se dice que caracteriza a los establecimientos públicos especiales no puede asimilarse a la autonomía que se le reconoce a las comunas (*municipios*) (artículos 18 y 29 de la Constitución brasilera), a los partidos políticos (art. 17, parágrafo1), al Poder judicial (art. 99), al ministerio público (art. 127, parágrafo 2), a las universidades (art. 207), a las entidades deportivas dirigentes y a las asociaciones (art. 217, I). Tampoco puede confundirse con la autonomía tecnológica del país (art. 219).

Autonomía es también un vocablo ambiguo. Pero es cierto que la "autonomía de gestión, y la autonomía presupuestal y financiera de los organismos y de las entidades de la administración directa e indirecta", en referencia al artículo 37 parágrafo 8 de la Constitución brasileña, no pueden concebirse como capacidad de autodirección (=órganos de dirección), de auto-regulación (=poderes de elaboración de normas que regulen su organización y funcionamiento) y de autoadministración (=sumisión exclusiva sus organismos directivos).

Además, el artículo 52, III de la Constitución brasileña –que le atribuye al Senado federal la competencia para aprobar de antemano, por voto secreto y después de audiencia pública, la elección, entre otros, del gobernador del territorio, del fiscal general de la república, del presidente y los directores del Banco central y de titulares de otros puestos determinados por la ley- exige, en su parágrafo XI, la aprobación del Senado para la revocación antes del término del mandato solamente en el caso del procurador general de la República.

El mandato de los gobernadores regionales y de los titulares de otros puestos, así como de los directores del Banco Central, puede ser revocado, antes del fin de sus periodos, independientemente de la observancia por parte de los titulares de todas las condiciones requeridas por la Constitución.

En fin, resaltemos la inadecuación de la alusión a los rectores de las universidades federales que no pueden ser revocados por el presidente de la República. La razón de esta restricción está en que la Constitución brasileña

[32] Ver Bandeira de Mello, C.A., 2002. *Op.cit.* , p. 145.

(art. 207) atribuye a las universidades una autonomía administrativa, pero en un sentido diferente, a la que corresponde a los establecimientos públicos.[33]

En lo que se refiere exclusivamente a ANATEL (telecomunicaciones) y a la ANP (petróleo), la Constitución prevé expresamente la creación de organismos de regulación (art. 21, XI y 177, parágrafo 2, III).

En cuanto a la ANEEL (electricidad), el artículo 5 de la Ley no. 9.427/96 establece que sus directores serán nombrados por el presidente de la República por un mandato de cuatro años, luego de la aprobación del Senado federal. El artículo 8 de esta misma ley establece que la revocación sin motivo del director es posible "durante los cuatro primeros meses del mandato, al final de los cuales se le asegura el pleno e integral ejercicio de sus funciones". El parágrafo único de este artículo 8 establece que la destitución, después de los primeros cuatro meses, no podrá darse sino en razón de una falta de probidad administrativa, de una condena penal juzgada en última instancia o también debido al incumplimiento no justificado del contrato de gestión.

En lo que se refiere a la ANP, la Ley no. 9.478/97 establece que sus directores serán nombrados por el presidente de la República, por un mandato de cuatro años, tras la aprobación del Senado federal (artículo 7), y no exige una justificación para su destitución. La ley preveía que se exigiera un motivo para la destitución, pero la disposición correspondiente recibió el veto del presidente de la República.

En fin, los directores de la ANTAL son nombrados por el presidente de la República para cumplir un periodo de cinco años. El mandato solamente se puede terminar debido a "renuncia, una condena criminal que se haya hecho efectiva o a causa de un proceso administrativo disciplinario" (artículos 24 y 26).

Lo que se acaba de exponer hace evidente la inconstitucionalidad de las disposiciones que limitan la facultad del presidente de la República de destituir a los directores de la ANEEL y de la ANATEL. Esas disposiciones están

[33] Podrá decirse eventualmente, que el Tribunal federal supremo, en su apreciación del recurso (medida cautelar) respecto a ADIN 1949-0 en el Estado de Río Grande do Sul –caso AGERS– decidió en el sentido de que sus dirigentes no pueden ser licenciados por el gobernador del Estado sin causa justa. Resulta que en el transcurso de esta ADIN, el texto del artículo 84, II de la Constitución de 1988, no fue discutido, circunstancia que debe precisarse.

en contradicción con el artículo 84, II de la Constitución de 1988. Esto es objeto de un intenso debate en Brasil.

Sin embargo, la complejidad de este asunto puede superarse a partir de observaciones simples. Por una parte, ninguna de las "autoridades independientes" que existen en el marco de la administración brasileña tiene competencia legal para definir políticas públicas. Esto puede verificarse con una lectura atenta de las leyes que las crearon. Por otra parte, las prescripciones, que limitan la facultad del presidente de la República de revocar a los directores de la ANEEL y la ANATEL, se desprenden de prescripciones legislativas excepcionales que como hemos visto eran inconstitucionales.

VIII. El proyecto de ley no. 166/2004

Sin embargo, un proyecto de ley federal del Congreso Nacional (proyecto 166/2004) apunta a legislar sobre la gestión, la organización y el control de las agencias reguladoras federales, es decir:

- La Agencia Nacional de la Energía Eléctrica (ANEEL)
- La Agencia Nacional del Petróleo (ANP)
- La Agencia Nacional de las Telecomunicaciones
- La Agencia Nacional de Vigilancia (Supervisión) Sanitaria (ANVISA)
- La Agencia Nacional de Salud Suplementaria (ANS)
- La Agencia Nacional de Aguas (ANA)
- La Agencia Nacional de Transporte por Agua (ANTAQ)
- La Agencia Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)
- La Agencia Nacional del Cine (ANCINE)

El proyecto, al que ya se llama "ley general sobre las agencias reguladoras", quiere, en los términos de su exposición de motivos, ampliar la legitimidad del ejercicio de la función reguladora por parte de las agencias reguladoras, con el fin de evitar que sean "capturadas" o que se alejen de su mayor objetivo que es velar por el interés público y por el interés de los consumidores y usuarios.

La exposición de motivos hace una clara concesión al mercado, pues reconoce expresamente que "la presencia de agencias reguladoras es indispensable para atraer la inversión privada".

Una de las principales distorsiones del rol de las agencias, que se menciona en la exposición de motivos, es el ejercicio de competencias del gobierno, pues las agencias en muchos casos han absorbido la actividad de formulación de políticas públicas y el poder de otorgar concesiones de servicios públicos. En ciertos casos, las agencias no solamente regulan y controlan el sector sino que se inmiscuyen con mucha frecuencia en la formulación de políticas sectoriales. El proyecto de ley procura establecer una frontera entre la formulación de políticas sectoriales y la regulación económica. Además, el proyecto de ley quiere decirle claramente a la sociedad que la planificación y las formulación de las políticas sectoriales (=decisiones políticas) pertenecen únicamente a los órganos de administración directa. A las agencias reguladoras les corresponde por su parte la reglamentación y control de las actividades reguladas al implementar la política sectorial; a las agencias les corresponden entonces sólo las decisiones de naturaleza "técnica"

Aunque el proyecto establece claramente que la competencia de adjudicar concesiones y firmar contratos de concesión y de licencia pertenece al poder ejecutivo, también le deja a cada ministerio la posibilidad de delegar esas atribuciones en las agencias. La competencia para promover los contratos sigue sin embargo en la esfera de las agencias reguladoras.

El proyecto de ley extiende de forma general a todas las agencias la exigencia de tener un contrato de gestión y desempeño con el ministro de tutela, de acuerdo con el artículo 37 parágrafo 8 de la Constitución de Brasil. Ese contrato de gestión y de desempeño que se firma con la agencia es el instrumento de seguimiento de la actividad administrativa del establecimiento público y de evaluación de su desempeño, y tiene como objetivo, por una parte, perfeccionar el seguimiento a la gestión al reforzar la transparencia y el control social y, por otra parte, crear una mejor relación de cooperación entre la agencia y los poderes públicos, sobretodo cuando se trata del cumplimiento de las políticas públicas establecidas por la ley. Curiosamente, la exposición de motivos trata a las agencias como si ellas tuvieran una existencia separada de los poderes públicos. De otra manera no tendría sentido hablar de "relaciones de cooperación entre la agencia y los Poderes públicos".

Para promover la competencia y la eficiencia en la implementación de la legislación para la protección de la competencia en los mercados regulados, el proyecto establece que los órganos de protección de la competencia y las agencias deben actuar en estrecha cooperación, privilegiando el intercambio de experiencias.

En este sentido, le correspondería a las agencias reguladoras acompañar las prácticas de mercado de los agentes de los sectores reguladores, con el fin de ayudar a los órganos de protección de la competencia en cuanto al respeto de la legislación que cubre esos aspectos.

Los órganos de protección de la competencia serán responsables de la aplicación de la legislación de protección de la competencia y deberán realizar el análisis de los actos de concentración, las investigaciones preliminares y los procesos administrativos iniciados para investigar infracciones en contra del orden económico. El Consejo Administrativo de la Defensa Económica (CADE) tendrá competencia para emitir la decisión final sobre los actos de concentración y las prácticas anticompetitivas. En el análisis y la instrucción de los actos de concentración y en los procesos administrativos, los órganos de la protección de la competencia podrán solicitar a las agencias reguladoras recomendaciones técnicas relacionadas con su sector de actividad, que contribuirán a la instrucción y al análisis de los actos de concentración y procesos administrativos.

Por otra parte, las agencias reguladoras consultarán al órgano de protección de la competencia del ministerio de Finanzas sobre las minutas de las normas y reglamentos, antes de toda consulta pública, para que éste se pueda pronunciar, en un término de treinta días, sobre su eventual impacto en las condiciones de la competencia en los sectores regulados.

De esta forma se encuentra una solución a los problemas surgidos de la "guerra de competencias" entre las agencias y el CADE.

El mandato por una duración fija de los directivos (presidente, director-general, director-presidente, y otros directores), dice la exposición de motivos del proyecto de ley, es la principal característica de las agencias reguladoras, calificadas por las diferentes leyes de creación, como "establecimientos especiales". También, "como esta prerrogativa es representativa de la autonomía de la agencia reguladora y esencial para el cumplimiento de su misión", el proyecto

mantiene el actual sistema de mandatos escalonados de los dirigentes de forma que no coincidan con el del presidente de la República. También se han mantenido las condiciones actuales para el despido y el remplazo de los directivos. La revocación *ad nutum* se descarta "debido a que es contraria –dice la exposición de motivos– al modelo que se quiere perfeccionar en Brasil".

En una concesión adicional al mercado, el proyecto de ley uniformiza la duración de los mandatos a cuatro años, y se permite una sola reconducción. Por otra parte, el proyecto le asegura a los directivos de las agencias la estabilidad en su puesto: ellos no pueden perder su mandato sino en caso de demisión, condena judicial, o fallo disciplinario. Dada la prerrogativa del presidente de la República para escoger a los presidentes de las agencias reguladoras, se establece que los mandatos de los presidentes y de los directores generales deben cesar a partir del treceavo y hasta el dieciochoavo mes del mandato del presidente de la República.

El proyecto sin duda será largamente debatido en el Congreso Nacional y, si se mantiene la afirmación de la estabilidad de los dirigentes de las agencias, su constitucionalidad será controvertida ante el poder judicial.[34]

IX. Aspectos específicos

El contencioso administrativo no existe en el derecho brasileño. Los conflictos entre las agencias y los usuarios de los servicios serán resueltos por el poder judicial.

El artículo 4 del Código de la defensa del consumidor establece, como principio de la política nacional de las relaciones de consumo, la "racionalización y el mejoramiento de los servicios públicos". En su artículo 6, X, el mismo Código define como derecho fundamental del consumidor "la prestación adecuada y eficaz de los servicios públicos en general". Ninguna de esas disposiciones ha dado lugar hasta el día de hoy a una decisión judicial importante.

[34] Nota de la redacción: en junio de 2005, el proyecto de ley no. 166/2004 no se había adoptado.

Lo que podemos observar respecto a esto, es que la defensa del consumidor corresponde a la defensa del "cliente", que es muy diferente de la defensa del usuario, es decir, de la defensa del ciudadano (ver *supra*).

Brasil es una federación y en ciertos Estados miembros se han creado agencias encargadas de la regulación de los servicios públicos, que son competencia de los Estados miembros. Esas agencias adoptan un modelo análogo al de las agencias federales.

La experiencia de la regulación en Argentina

Julio Rodolfo Comadira*

I. Precisiones conceptuales

La consideración de la experiencia de la regulación exige ciertas precisiones conceptuales previas. Es necesario definir las nociones de servicio público y de regulación económica.

Desde nuestro punto de vista, el servicio público es un título jurídico exorbitante en sí mismo, al cual el Estado acude para satisfacer o, dado el caso, asegurar la satisfacción de necesidades esenciales para alcanzar el fin del bien común, por medio de una de las siguientes modalidades:

- ser titular (*publicatio)* de ciertas competencias de prestación, que pueden ejercerse de manera directa (a través de la administración), o indirecta a través de organismos públicos personalizados (establecimientos públicos, empresas del Estado, otros organismos descentralizados…) o de entidades privadas (simples sociedades anónimas);
- desarrollar a título subsidiario actividades de prestación, ante la ausencia de prestatarios privados, sin ser titular de la competencia;
- el ejercicio del poder de policía sobre ciertas actividades de las prestaciones privadas.

La intervención del Estado en la economía, puede tener por objeto suministrar bienes o servicios que el mercado no ofrece de manera espontánea o, dado el caso, mejorar o "rectificar" los juicios de ese mercado.

La regulación es una forma de intervención del Estado en la economía, que se justifica por la incapacidad ya reconocida del mercado de asegurar una distribución justa de las ganancias y una eficiencia apropiada en la distribución de los recursos; la regulación tiene el propósito, justamente, de rectificar los juicios o fallas del mercado para lograr justicia y mejorar la eficiencia en los aspectos mencionados por medio de la intervención pública en las opciones abiertas a los sujetos económicos.

* Profesor de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Austral de Buenos Aires.

En la regulación así concebida, podríamos distinguir la regulación social o de solidaridad, la regulación de control y la regulación de base. La primera parte de la constatación de que la lógica del mercado no tiene en cuenta a quienes no tienen la capacidad de convertirse en sus clientes; esta regulación tiene el propósito de garantizar los servicios a quienes son más débiles desde el punto de vista económico, independientemente de los juicios del mercado. La segunda se basa en la existencia de monopolios naturales, asimetrías de información y asimetrías externas. Esta regulación de control tiene por objeto impedir la conducta abusiva de quienes producen bienes y servicios. Finalmente, la tercera, se basa en el valor no reconocido por el mercado de ciertas actividades, y tiene el propósito de apoyar o promover a quienes realizan esas actividades.

En Argentina, la experiencia de la regulación de los servicios públicos, en el sentido de la regulación de control, orientada hacia la resolución o rectificación de las fallas o deformaciones del mercado, apareció en la década de los noventa, cuando se privatizaron prácticamente todos los servicios públicos del Estado. Hasta ese entonces tales servicios eran suministrados por el Estado de manera directa o indirecta.

La aparición del fenómeno de la regulación en Argentina puede verse a la luz de sus antecedentes históricos.

II. La Constitución de 1853-1860

La Constitución histórica de 1853-1860 reconoce y garantiza, en su artículo 14, entre los derechos esenciales, el derecho al trabajo, la libertad de comercio y de ejercicio de toda industria lícita de conformidad con las leyes que rigen su ejercicio. Esta es una definición filosófica que sitúa, en principio, la actividad comercial e industrial en el sector privado.

La armonización consagrada por este texto fundamental entre los derechos individuales y la exigencia del interés público (el bienestar que se invoca en su Preámbulo) se hace evidente cuando se observa que, paralelamente, el artículo 67, párrafo 16 (en una redacción antigua), en la parte orgánica, contiene la cláusula de prosperidad o de *progreso*, que incluye le posibilidad de atribuir en concesión temporal privilegios –monopolios o derechos exclusivos– y ventajas incitativas.

El principio que se hallaba en la norma fundamental era que las personas privadas eran titulares de esas actividades mientras que la titularidad pública era la excepción, por ello se aceptaba excepcionalmente y solamente en razón de exigencias de interés público; al menos en el comienzo, esas exigencias se consideraron limitadas y se limitaban a los servicios de correos y de agua.

III. La figura de la concesión

Sin embargo, la concepción de los instrumentos de la Constitución –como medios de asegurar la prosperidad pública– le permitió al Estado, sin contradecir su filosofía de inspiración, utilizar la concesión como un medio para buscar la prosperidad a través del desarrollo de ciertas actividades industriales y comerciales.

El Estado, tal como ocurre en Europa, se arroga el título de ejercer actividades en las que está comprometido el interés general, paralelamente al desarrollo del sistema capitalista; sin embargo, el Estado otorga esas actividades en concesión a empresas privadas, a las que les corresponde, en el marco de esta filosofía, ejercer esas actividades en concesión (por ejemplo, concesión de las vías férreas, concesión de la electricidad, del gas, del metro, autorizaciones de telefonía, etc.).

Tal como se entendió, el servicio público es exorbitante porque excluye el ejercicio libre de dichas actividades a las personas privadas.

La doctrina argentina, influenciada fuertemente por la doctrina francesa, dio, además, un apoyo teórico a la técnica de las concesiones, como lo ilustran las definiciones expresadas en la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados de 1936.

Durante ese periodo, la regulación para el control de los servicios públicos no estaba enmarcada en el sentido que acabamos de indicar. Hubo una etapa en la que la autoridad del Estado se manifestaba a través del ejercicio del poder de policía en lo que concierne a la actividad de concesionario y así le transfirió a este último, no solamente ciertas funciones de control sobre las personas y las cosas para asegurar la eficacia de su misión, sino también algunas prerrogativas públicas. Hubo, ciertamente, regulaciones de apoyo en lo referente a ciertos sectores de la producción, por ejemplo, que fueron ejercidas por el Organismo de regulación de los granos y carnes. Estos son considerados

por algunas autoridades como casos precursores de entidades de regulación. Sin embargo, su objetivo era proteger a los productores, mientras que las entidades actuales tienen también el objetivo de proteger los derechos de los usuarios y de los consumidores, sin prejuicio de otros derechos.

IV. El cambio introducido por la Constitución de 1949

Un cambio significativo se produjo con la aprobación de la Constitución del justicialismo en 1949 –vigente hasta 1956. Según el artículo 40, por una parte, los servicios públicos le pertenecen por naturaleza al Estado, que no puede concederlos ni darlos a terceros y, por otra parte, los bienes de los servicios públicos que eran propiedad de los particulares se transfieren al Estado, por compra o por vía de expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determina.

Los servicios públicos, un vez más, tienen un carácter exorbitante; en este caso, la titularidad pública se amplia para excluir la concesión y conduce a la expropiación. Es la época de las nacionalizaciones.

V. La situación de los años 80

Es así que llegan los años ochenta, durante los cuales el Estado suministra, bajo distintas formas jurídicas (empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, entidades descentralizadas) servicios tan diversos como los correos y el telégrafo, el teléfono, el transporte y distribución de gas, las aguas, el transporte aéreo y ferroviario, y la generación, transmisión y distribución de electricidad.

El servicio público se basaba entonces en la nacionalización, y era la expresión del monopolio estatal, de forma directa o indirecta.

Este periodo ignoraba el concepto moderno de regulación. Había ciertamente reglamentos técnicos cuyo respeto estaba controlado por las empresas públicas proveedoras o por oficinas de la administración central. De esta manera, el control era, a decir verdad, inexistente o inofensivo. De resto, el control sobre las empresas lo realizaba el antiguo Tribunal de Cuentas y el antiguo Sindicato General de Empresas Públicas, y no se refería a la calidad de los servicios o a la aplicación de los reglamentos. Gordillo afirmó de forma ilustrativa que “el

control del Estado sobre el Estado proveedor de servicios o el Estado empresario no parecía un trabajo factible".

VI. Las privatizaciones

Por diversos motivos los intentos para mejorar no fueron un éxito (decreto 1842/87 e incluso antes la ley 22177 de 1980, durante el gobierno *de facto*), puede decirse que la situación de las empresas públicas prestadoras de servicios públicos era, a finales de la década de los ochenta, de crisis generalizada. La falta inversión, las fallas en el manejo, el déficit de explotación, la insuficiencia y mala calidad de los servicios, los excesos de los empleados y la corrupción demostraban que la explotación de ciertos servicios públicos por parte del Estado, mediante organizaciones que dependían de él, era, a veces, "insoportablemente nociva".

En 1989, la ley 23696, llamada de "reforma del Estado", declaró el suministro de los servicios públicos y la situación económica y financiera de la Administración pública nacional "en estado de urgencia". El poder ejecutivo fue investido de poder de atribuir permisos, autorizaciones o concesiones para la explotación de los servicios públicos o de interés público, cuyos activos fueron transferidos, y se le dio la facultad de privatizar las empresas o los establecimientos que figuraban en dos anexos de esta ley (empresas y activos "destinados a privatización").

El país entra entonces en la tendencia mundial de la transformación de las estructuras estatales a través de políticas que, en esencia, podrían resumirse en la privatización de las empresas públicas, la desreglamentación y la descentralización.

La operación de privatización cubrió todo el marco de actividad de las empresas del Estado, y el sector correspondiente al suministro de los servicios públicos no se evaluó de manera diferente.

Por una parte, se sostuvo que a partir de un cambio político profundo en el modelo del Estado que significó la ruptura con el "Estado de beneficencia" y la implementación del "Estado subsidiario", las reformas tuvieron éxito y alcanzaron los objetivos fijados por la ley. Así, gracias a las condiciones ventajosas en las que participaban operadores internacionales de renombre,

se invitaron consorcios económicos, y se obtuvieron inversiones importantes y el mantenimiento de precios razonables.

Pero, por otra parte, se afirmó que la pretenciosa reforma del Estado, cuestionada en cuanto a las privatizaciones, no fue sino una simple reducción de la reforma precedente, que se realizó sin orden, sin programación, que estuvo marcada por la preocupación de garantizar los intereses de las empresas privatizadas, y que se basó, en definitiva, en un modelo neoconservador que rehusaba toda intervención estatal y que dio lugar a conflictos importantes con esos intereses. Este desorden aparece en la privatización de al menos cuatro de los servicios más importantes, que no pareció seguir el esquema lógico de la teoría de regulación, según la cual es conveniente primero crear el marco regulatorio, después el organismo de regulación y finalmente privatizar el servicio; ocurrió lo contrario, se privatizó sin que hubiera un marco de regulación definido.

Nosotros tuvimos la ocasión de expresar, en ese momento, no solamente nuestra opinión sobre la génesis socio-política del cambio, sino también nuestras inquietudes respecto a la necesidad de poner límites a las transformaciones que se realizaban.

El cuestionamiento de las intervenciones del Estado fue el resultado de una reflexión crítica de la sociedad ante sus propias expectativas y sobre lo que ésta esperaba del Estado. La transformación del Estado que se emprendió en ese momento, respondía en Argentina a una aspiración de la sociedad por desempeñar nuevamente un rol de primer plano en materia económica, política y social, perdida en el curso de períodos precedentes, y a una revalorización de la eficiencia como base de la recuperación del Estado y de la legitimidad del poder. Pero esos cambios debían producirse en un marco de respeto a las reglas constitucionales, pues en un Estado de derecho el irrespeto de las reglas constitucionales no es sino una variante de la ineficiencia.

El Estado no debía sin embargo abandonar su título de administrador del bien común; si eso ocurría, la penalización por ese abandono sería el regreso a la indiferencia global. Conviene recordar el contenido del informe de 1860 sobre la reforma de la Constitución de 1853, en el que el ponente de la comisión expresaba su desacuerdo frente a la idea vulgar que decía que entre más se restringen los poderes, más se garantiza la libertad, y recordaba por el contrario las finalidades del poder público.

Corresponde al Estado hacer justicia frente a los que no están en capacidad de afrontar las reglas del juego de la vida social sin asumir la responsabilidad de su parte, y de asegurar la transparencia de esas reglas. Si en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, instituciones como la teoría de la imprevisión o del abuso del derecho, entre otras, muestran que el derecho está orientado hacia la justicia, *a fortiori* el reposicionamiento funcional de la administración pública no tendría por qué conducir a la indiferencia estatal, si la liberación de las fuerzas sociales y económicas fuera por sí misma insuficiente para garantizar el contenido ético del nuevo orden que se procuraba establecer.

Quedaba el deber del Estado de reglamentar y controlar. Una de las lecciones importantes que deben aprenderse sobre el exceso de intervencionismo es que no se debía haber confundido la propiedad con el poder de dirigir. El cambio significaba el abandono de la concepción según la cual el Estado no podía gobernar sino cuando era al mismo tiempo productor e industrial, en vez de asumir la función de fijar las reglas y de controlar que éstas fueran respetadas. Para mandar, no es necesario entonces ser el propietario; Se trataba entonces de tomar el camino del Estado como garante de la justicia social.

VII. Los servicios públicos en la reforma constitucional de 1994

Las disposiciones constitucionales permiten obtener, un sistema de servicios públicos basado en las siguientes dos ideas:

- El reconocimiento y la protección de los derechos de los usuarios públicos, sin atentar contra los otros derechos que estén también comprometidos;
- la instauración de un conjunto de autoridades estatales orientadas, esencialmente, hacia la regulación y el control, a proteger y a respetar esos derechos, e independientes frente a las otras autoridades concebidas para administrar el bien común.

La reforma de 1994 explicita los criterios de intervención estatal que, hasta ese momento, surgían únicamente de enunciados legislativos y jurisprudenciales, concebidos a veces de forma pretoriana.

La reforma no deja dudas en cuanto a la adopción de un Estado garante del desarrollo humano, del crecimiento económico y de la justicia social, en consecuencia, de una realidad social acorde con esos principios.

En el marco de la Constitución, es posible entonces concluir que el servicio público comporta un título jurídico para la regulación y el control de las actividades que ameritan esa calificación, y para la sumisión al poder de policía, pero sin que ello implique necesariamente que la administración tome a su cargo directamente esas actividades, incluso si ella se hace responsable por la carencia del prestador de servicios privado o por los fallos en la selección del prestador de servicios. Esto representa una alternativa excepcional establecida en la constitución y basada en los poderes inherentes a la función del estado garante.

VIII. Los objetivos previstos en el marco de regulación. El contenido de la caracterización legal de una actividad como servicio público

Según el artículo 42 de la Constitución argentina, "la legislación establecerá… los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional […]; interpretamos esta disposición en el sentido de que los "marcos reguladores" de los servicios deben ser fijados por la ley.

Siendo esto así, hay que determinar, por una parte, si los objetivos enunciados por los marcos de regulación corresponden a los que se derivan de la Constitución y, por otra parte, cuáles son los elementos que constituyen el contenido de la regulación y que aseguran su coherencia respecto a la Constitución, en particular para las cuatro actividades esenciales que se caracterizan como servicios públicos: el suministro de agua potable y el saneamiento, la transmisión y distribución de energía eléctrica, el transporte y distribución de gas natural, y las telecomunicaciones.

En este sentido, hay que considerar que todos los objetivos enunciados son portadores de una teleología que atañe al mandato constitucional: protección de los derechos de los usuarios, tarifas justas y razonables, calidad, continuidad, regularidad, generalidad, igualdad y eficiencia en los servicios, incentivos a las inversiones, formación de mercados competitivos cuando eso es posible,

expansión de las redes y promoción del carácter universal de ciertos servicios. Estas características expresan en efecto, un criterio de regulación y de control que es coherente con la concepción constitucional del poder de regulación, en tanto que instrumento al servicio de la protección de los derechos de los usuarios y cuyo ejercicio debe prever, en particular, la salvaguarda de los otros intereses en juego.

Queda por agregar que los objetivos que se le atribuyen a los organismos deben alcanzarse todos, de manera integrada y armoniosa, puesto que pretender la primacía de unos sobre otros sería caer en una distorsión hermenéutica y por lo tanto funcional.

A. Las consecuencias jurídicas de la caracterización ¿Un régimen jurídico unitario? Criterios que hacen posible su determinación

Es posible preguntarse entonces cuáles son las consecuencias que se desprenden de esas caracterizaciones legales. ¿Qué significa, concretamente, la categorización de una actividad como servicio público? ¿Puede hablarse de un régimen jurídico unitario del servicio público, al menos en el ámbito de esos marcos de regulación?

Considerar un régimen unitario no implica evidentemente ignorar que cada una de las actividades conlleva, en razón de sus especificidades técnicas, comerciales y financieras, exigencias reglamentarias propias y correctamente adaptadas a esas singularidades.

La pregunta apunta en realidad, a ciertos aspectos que son esenciales en la definición del régimen jurídico y que, a nuestro modo de ver, podrían reducirse a los cinco rasgos siguientes:

- Título de acceso a la actividad
- Duración de la autorización
- Existencia o no de la *publicatio* de la actividad
- Existencia o no de rescate
- Régimen de bienes (transferencia de los activos públicos al prestatario en propiedad o simplemente en uso, reversión o no de los bienes al final de la habilitación, y en dado caso, condiciones previstas).

Un examen de esas regulaciones permite observar que están lejos de seguir un criterio uniforme en cuanto al significado de servicio público.

A la prestación de esos servicios se accede mediante una concesión (agua, transmisión y distribución de energía eléctrica) o de una licencia (telecomunicaciones, transporte y distribución de gas natural); hay concesiones que prevén una *publicatio* (agua) y otras que no (*publicatio impropre*: transmisión y distribución de la energía eléctrica y del gas natural), licencias limitadas en el tiempo y con la posibilidad de readquisición o cuasi-adquisición (transporte y distribución del gas natural) y otras sin limitación de tiempo con posibilidad de adquisición parcial (telecomunicaciones). Existen concesiones sin transferencia de activos (agua) y con transferencia (energía eléctrica) y hay igualmente concesiones de adquisición completa (agua) y sin adquisición (adquisición parcial para la energía y el gas). Finalmente, hay "reversión" de los bienes, en las condiciones previstas para cada caso, en los sectores del agua, la energía eléctrica y el gas; eso no ocurre con las telecomunicaciones.

B. Los elementos del servicio público: carácter obligatorio y prestación garantizada

¿Cuál es entonces la respuesta a la pregunta que está al origen de este análisis sumario? Aparentemente no hay elementos comunes.

Propusimos como rasgo que permite definir al servicio público, el carácter obligatorio de la prestación que se le impone al prestador del servicio en todos los casos. Se trata, ciertamente, de un elemento fundamental ya señalado en el pasado por el profesor Miguel S. Marienhoff, que explicaba que las características clásicas del servicio público (continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad) quedaban vacías de contenido cuando quien lo suministra no está obligado a respetarlas.

Y, sin embargo, este carácter obligatorio de la prestación y los rasgos que la caracterizan, asegurados por una regulación y un control de policía cuya intensidad y contenido varían según la singularidad de cada actividad, no agotan, a nuestro modo de ver, el contenido de la categorización. En efecto, la prestación también es obligatoria para el Estado quien debe asegurarla

mediante una adquisición parcial o total del servicio cuando el sector privado no la realiza.

IX. Los organismos de regulación. Su inspiración

Para asegurar que se consigan los objetivos de la regulación y que el régimen de regulación y de control implementado en esos marcos se respete, se prevé la creación de organismos que, por la naturaleza de las facultades que se les atribuyen, por su pretensión de independencia frente al poder político y por la neutralidad ante los intereses en juego, parecen haberse inspirado en las comisiones y los organismos de regulación autónomos de Estados Unidos (a los que Schwartz asocia con el nacimiento del derecho administrativo estadounidense), alejándose sin embargo de los instrumentos de control usados en la etapa previa a las privatizaciones.

Esas comisiones constituyen, en cierta forma, una reacción contra el principio de la división de los poderes, en su interpretación más estricta. En efecto, por un lado, ellas mediatizan el poder del Presidente –La Corte estadounidense había rehusado concederle al Presidente poderes discrecionales para revocar a sus miembros en 1935- y, por otro lado, estas comisiones implican que un órgano administrativo asuma funciones cuasi-legislativas y cuasi-jurisdiccionales.

Esto no constituye, de todas formas, una ruptura de base, sino más bien una *gradación de sus fronteras,* pues la acción inicial queda en manos del poder legislativo y la acción final en las del poder judicial.

A. Los organismos: descripción, creación, naturaleza y régimen jurídico

Describiremos sumariamente las características de los cuatro organismos reguladores que se enuncian a continuación:

- Ente Nacional Regulador del Gas (ENERGAS, Organismo nacional de regulación del gas).
- Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE, Organismo nacional de regulación de la electricidad).

- La Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC, Comisión nacional de comunicaciones).
- Ente Regulador (tripartito) del Agua y Servicios Sanitarios (ETOSS, Organismo de regulación del agua y los servicios sanitarios).

Abordaremos enseguida ciertas cuestiones jurídicas que surgen de su análisis.

Tres de estos organismos fueron creados por la ley –Gas, Electricidad y Agua– y el otro, la antigua Comisión Nacional de las Telecomunicaciones (ex CNT), hoy en día CNC, fue creada por decreto, aunque los considerandos de ese decreto contienen remisiones a la ley –Ley 19798 referente a las Telecomunicaciones y Ley 23696 referente a la reforma del Estado– que permitirían inferir la existencia, en ese caso, de un reglamento delegado. La diferencia de estatus normativo no se refiere a ningún criterio técnico, sino a la sola eficiencia burocrática para aprovechar el impulso político del momento.

A dos de esos organismos (ENERGAS Y ENRE) se les confirió autonomía (personalidad jurídica) mediante una ley formal y a un tercero (ETOSS) se le confirió por la vía reglamentaria. En los tres casos se estableció la capacidad de esos entes para actuar en los ámbitos del derecho público y privado. El decreto para la creación de la CNT (hoy CNC) no le concede personalidad jurídica a la Comisión, al menos de forma explícita. La existencia de una asignación de patrimonio por ley y la posibilidad de atacar las decisiones mediante un recurso de *alzada* (recurso administrativo jerárquico –que es la vía de reclamación prevista contra los organismos autónomos) no haría sin embargo irrazonable el reconocimiento de la personalidad jurídica pública a esta Comisión.

La categorización de los organismos como organismos autárquicos, concierne a los principios expuestos por la doctrina para definir esta modalidad de descentralización.

Se prevé en todos los casos una asignación de recursos y el poder de establecer el presupuesto. El ENERGAS, el ENRE y la CNC son financiados por impuestos de vigilancia y control pagados anualmente por las empresas. Esos fondos los gestiona finalmente, en virtud del sistema de cuenta única, el ministro de Economía que fija las contribuciones al Tesoro. Por el contrario,

el ETOSS es financiado por una cuota que hace parte de las facturas pagadas por los usuarios.

En las leyes referentes al ENERGAS y al ENRE, se establece que los organismos serán regidos, en lo que concierne a sus relaciones con la administración y con los particulares, por la Ley Nacional sobre los Procedimientos Administrativos (LNPA) y por los reglamentos. El personal por lo tanto está sujeto a la Ley sobre contratos de trabajo, al igual que el de la CNC (ex CNT), lo que atenta contra la estabilidad garantizada por la Constitución para los agentes de la administración.

La reglamentación que se aplica al ETOSS le confiere a las decisiones del organismo las características propias del acto administrativo.

El ENERGAS, el ENRE, la CNT (hoy CNC) y el ETOSS están sujetos a los regímenes patrimoniales, contable y financiero previstos por las normas que los crearon y por las reglamentaciones consecutivas, así como al sistema de control establecido para el sector público.

En todos los casos, se les atribuyen poderes de regulación, de consejo, de control o de vigilancia, así como poderes jurisdiccionales. En esta última situación, la jurisdicción es obligatoria, en algunos casos, para la resolución de litigios entre particulares (ENERGAS, ENRE, CNC (ex CNT) y voluntaria en otros (ETOSS).

Hay un hecho revelador de la importancia que le concede el legislador a la ejecución de las funciones que se le atribuyen a los organismos: toda persona cuyos derechos hayan sido lesionados por los actos o las omisiones del organismo o de sus directores está autorizado expresamente a reclamarlos –al organismo o a sus directores– con el fin de que ejecuten las obligaciones que les incumben.

B. Competencia técnica

En todos los marcos de regulación existen disposiciones tendientes a asegurar la competencia técnica de los miembros de los directorios de los organismos de regulación. Así, en las normas referentes a la electricidad y al gas natural, se establece la designación de personas que tengan antecedentes técnicos y profesionales en la materia. El reglamento para la regulación del servicio de

aguas y alcantarillado exige, por su parte, que sean designados especialistas que tengan la experiencia y la competencia requeridas para la actividad a realizar; las disposiciones relativas a las telecomunicaciones requieren, por su parte, especialistas en una de las disciplinas utilizadas en esas actividades, así como la experiencia adecuada.

Es importante señalar que la formación del directorio del Organismo de regulación de la electricidad está sometido a un proceso de selección abierto, realizado por el secretariado para la energía en el marco de las normas establecidas para proveer los cargos ejecutivos.

Las disposiciones pertinentes del marco de regulación de las telecomunicaciones establecen, por su parte, la formación de un cuerpo especializado, con formación adecuada, de cincuenta miembros como máximo. Las disposiciones del convenio realizado entre el Estado nacional, la Sociedad nacional de Aguas (*Obras Sanitarias de la Nación)* , la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Buenos Aires (hoy en día Ciudad Autónoma de Buenos Aires) para crear el ETOSS, establecen que el personal del organismo debe ser designado por concurso de títulos y antecedentes, a excepción del personal técnico calificado, sobre el que esta empresa decidirá la contratación.

C. Independencia funcional

La independencia funcional de los organismos de regulación debería ser decisiva en el plano teórico, pues la experiencia ha mostrado que el poder político con frecuencia está tentado a sacrificar objetivos de largo plazo, para privilegiar los objetivos cotidianos de la política.

La independencia personal no implica la declinación de la competencia del poder ejecutivo. Tampoco podría implicarlo, desde nuestro punto de vista, en nuestro sistema constitucional. Sin embargo, se exigen ciertas garantías formales de inamovilidad.

Los miembros del directorio de la CNC ejercen sus funciones durante cinco años, según la norma. No pueden ser reelegidos sino una sola vez (a excepción del representante de las provincias que se nombra por un año) y su mandato sólo puede revocarse en caso de inejecución de sus obligaciones, tras una acusación previa de la ex *Sindicatura general de empresas públicas*

(órgano de control de las empresas públicas) y de un proceso instaurado por la *Procuración del tesoro de la nación* (órgano supremo encargado de la realización de las investigaciones administrativas).

Los directores del ETOSS –representantes del Poder ejecutivo nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la ex Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires (ahora Ciudad autónoma), en igual número– son nombrados por seis años y su mandato no puede ser revocado sin una causa justa. El procedimiento del reglamento de investigaciones disciplinarias es establecido por los representantes del poder ejecutivo.

A pesar de esas garantías jurídicas formales, la CNT ha sido objeto de más de una intervención, y el ETOSS, por su parte, se ha visto excluido por lo general de las renegociaciones de los contratos de concesión.

Los directivos del ENERGAS y del ENRE son designados, por su parte, por el poder ejecutivo por un periodo de cinco años, y pueden ser indefinidamente reelegidos y revocados por decisiones fundadas de ese mismo poder. La designación y la revocación no pueden darse sin una comunicación previa sobre los fundamentos de la decisión a una comisión del Congreso de la Nación formada por los presidentes y vice-presidentes de las Comisiones, determinadas por cada una de las cámaras, en función de su competencia. Las comisiones así formadas *deben* (en el caso de ENERGAS) o *pueden* (en el caso de ENRE) pronunciarse en un plazo de treinta días calendario a partir de la recepción de la comunicación. Una vez se pronuncian o al término del plazo, el Poder ejecutivo podrá tomar la decisión correspondiente.

El mecanismo sin embargo no parece garantizar suficientemente la inamovilidad, pues la revocación está sometida al poder discrecional del ejecutivo, cuya influencia política en la conformación de los cuerpos directivos es bastante real.

Este condicionamiento impuesto por el poder político puede igualmente ejercerse por medio del manejo anual del presupuesto al que hemos aludido, lo que es incompatible, de hecho con la noción de autonomía.

Algunos aspectos aseguran sin embargo la independencia, no solamente respecto al poder político sino también respecto a los ámbitos regulados, con el fin de neutralizar el llamado fenómeno de captura del organismo por parte del

sector regulado: se trata de la exigencia de empleo de tiempo completo para los directivos (previsto en los regímenes del ENRE, del ENERGAS y de la CNC) y el sistema de incompatibilidades que, en general, se asimila al de los funcionarios públicos, cuyas incompatibilidades son fijadas por la ley sobre la ética pública, sin perjuicio de otras incompatibilidades más específicas establecidas en ciertos casos (por ejemplo, ENERGAS, ENRE, CNC).

La ley sobre la ética pública no escapó, por su parte, a la modificación oportunista realizada por medio de un decreto delegado, en virtud del cual se flexibilizó la incompatibilidad de los funcionarios que intervinieron en los procesos de privatización, con el fin de que hicieran parte de la dirección de los organismos de regulación.

La modalidad de financiación del organismo tampoco es ajena a la posibilidad de ser capturada por el sector regulado. En efecto, en la medida en que el presupuesto está asociado a la rentabilidad de las empresas, los riesgos de captura se incrementan.

D. Participación de los usuarios, los consumidores y las provincias en los organismos de regulación

El artículo 42, último parágrafo, de la Constitución reformada determina que el legislativo establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos, así como los marcos de regulación de los servicios públicos nacionales. También establece que se deberá prever la participación necesaria, en los organismos de control, de las asociaciones de consumidores, de los usuarios y de las provincias interesadas.

El marco de regulación del gas establece la participación de las provincias en las delegaciones regionales del ENERGAS, mientras que el ENRE y la CNC acogen a su vez a los representantes del Consejo Federal de la Energía Eléctrica y de las provincias respectivamente. El directorio del ETOSS está formado, por su parte, por dos representantes de cada una de las jurisdicciones que lo componen. Es de señalar que en el marco de ese servicio figura la creación de una "Comisión de consejería a título honorífico", conformada por representantes de los usuarios.

La Constitución no exige ciertamente que los consumidores, los usuarios y las provincias interesadas estén representados en los órganos de dirección de los organismos. Pero si exige que participen en el organismo.

Finalmente, es importante señalar que, en fecha relativamente reciente, el poder ejecutivo nacional promulgó el Decreto 1172/03, relativo al mejoramiento de la calidad de la democracia y de sus instituciones, en virtud del cual se adoptaron, entre otros reglamentos y como anexo VIII, el "Reglamento general de las reuniones abiertas de los organismos de regulación de los servicios públicos".

E. Algunas cuestiones jurídicas

Después de esta descripción sumaria de las características de los organismos de regulación, conviene examinar ciertas preguntas, antiguas o nuevas, que plantean estos organismos, en la perspectiva del derecho administrativo.

El órgano constitucional competente para la creación de estos organismos

Antes de la reforma constitucional, la determinación de la competencia (Congreso o Poder ejecutivo) para la creación de los organismos autónomos era una cuestión sujeta a controversia.

Este asunto incluía diferentes aspectos. Uno de los más importantes, que vamos a examinar enseguida, era el ámbito de control del poder ejecutivo sobre la actividad del organismo. De hecho, la constitución no introdujo ninguna innovación sobre este tema, tanto así que debe considerarse la situación anterior como subsistente.

Por lo tanto, puede pensarse que la creación de los organismos de regulación corresponde al legislador cuando a este organismo se le atribuyen poderes que tienen una incidencia sobre los derechos de terceros, mientras que le corresponde al ejecutivo si la competencia del organismo afecta únicamente los derechos de los operadores.

De todas maneras, más allá de las controversias doctrinales y de la opinión que pueda merecer en cuanto a su validez constitucional, la ley 25152 dispone en su artículo 5º, párrafo a), en la parte pertinente, que toda creación

de un organismo descentralizado o de una empresa pública, cualquiera que sea su naturaleza, exige la adopción de una ley.

La extensión del control administrativo

El control administrativo de los actos realizados por los organismos de regulación, realizado por la administración central, debería ser amplio, en principio, e incluir entonces tanto el control de legalidad como de oportunidad. Esta es la consecuencia que se desprende del rol de jefe de la administración que la Constitución le confiere al titular del poder ejecutivo.

El hecho de reconocer la viabilidad de ese género de control no compromete, a nuestro modo de ver, la independencia funcional de los organismos, por poco que ella esté formalmente asegurada por garantías especialmente implementadas para ese propósito (designaciones de los directivos por concurso público, prestigio del jurado de selección, estabilidad, procedimientos reglamentados de revocación, trabajo de tiempo completo, sistema de estrictas incompatibilidades, entre otras).

Conviene señalar sin embargo, que, al nivel infraconstitucional, resulta del decreto reglamentario de aplicación de la Ley nacional sobre los procedimientos administrativos, que el control es amplio únicamente cuando el organismo ha sido creado por el poder ejecutivo, pero está limitado en principio a la legalidad cuando ha sido creado por el legislativo al ejercer sus poderes constitucionales, a menos que la ley autorice el control amplio. En todo caso la decisión proferida sobre el recurso excluye el poder de sustitución, salvo en caso de graves razones de interés público.

El alcance de la competencia de los organismos

Un asunto igualmente controvertido es el del criterio que se debe adoptar para determinar el alcance de la competencia de los órganos y de los organismos nacionales de regulación.

En nuestros días, la doctrina y la jurisprudencia acogen sobretodo la idea de incluir en la competencia de los órganos y los organismos nacionales no solamente los poderes expresamente establecidos en la norma que los regula, sino también aquellos que se derivan, en razón de su contenido razonablemente

implícito, del texto explícito y, además, aquellos que son inherentes y se basan en la naturaleza y esencia del órgano o del organismo en cuestión. Estos últimos (implícitos e inherentes) se interpretan a la luz del principio de la especialidad, tal como es considerado por el derecho privado respecto a las personas jurídicas.

Sin embargo, las normas que fijan las competencias de los organismos les otorgan a éstos y a sus directorios el poder para realizar todas las medidas y todos los actos necesarios para la consecución de sus objetivos legales y para el ejercicio de sus funciones.

Este principio de competencia amplia debe sin embargo interpretarse con la mayor prudencia teniendo en cuenta de que esos organismos poseen poderes normativos, ejecutivos y jurisdiccionales. No hay que olvidar que la competencia es a la vez una autorización y una limitación, y que ambas pueden estar igualmente implícitas.

Los organismos de regulación no pueden por lo tanto hacer siempre todo lo necesario, como podría inferirse de las normas de creación, pues todo aquello que es necesario no es necesariamente legítimo. Sería por ejemplo ilegítimo imponerle, a los concesionarios o prestatarios de un servicio, costos más elevados de los previstos en los pliegos de condiciones o en el contrato, so pretexto de su competencia para reglamentar las modalidades de interrupción o reanudación del suministro. También sería ilegítimo exigirle al organismo de regulación que adopte medidas que le corresponde más bien ejecutar a la policía nacional, imponer eventualmente a los usuarios obligaciones sin fundamento legal formal, pretender ordenar, en el curso de un proceso jurisdiccional, medidas conservatorias que afecten el patrimonio de los particulares, sin la intervención de una autorización legal formal explícita.

Los poderes legislativos delegados

Entre los poderes que se les confieren a los organismos de regulación, algunos son más bien propios del legislador. Esas competencias deben analizarse en el marco del principio constitucional establecido respecto al tema de la delegación legislativa en 1994.

En este sentido, si los poderes considerados como delegados se refieren a asuntos administrativos o se justifican, dado el caso, por una situación de urgencia pública, entonces están sujetos a las prescripciones de la octava disposición transitoria (según la cual la legislación delegada preexistente que no contenga plazo de ejercicio caducará cinco años después de haber entrado en vigor, salvo que el legislativo la ratifique expresamente, que es lo que siempre ha ocurrido hasta el presente). Para la delegación, en el futuro, habrá naturalmente que observar el límite cualitativo y temporal que fija la Constitución.

A la temática de la delegación pertenece el asunto relativo a la subdelegación, que tiene, en nuestro caso de estudio, un interés peculiar, pues las normas que crean los organismos de regulación los autorizan, en general, a delegar en su personal las atribuciones que juzguen necesarias para una aplicación eficiente y económica de la ley. Este poder, tal como está concebido, parece inconstitucional, pues autoriza una delegación de competencias sin restricciones, tanto en lo que concierne a los contenidos como a los destinatarios.

Las funciones jurisdiccionales

Los marcos de la regulación del gas, la electricidad y las comunicaciones, prevén la sumisión de ciertos litigios a la jurisdicción previa y obligatoria de los organismos concernidos.

En el primer caso, el del gas, esto abarca los diferendos entre los operadores (responsables del transporte, la distribución, la comercialización, el almacenamiento y consumidores que hayan realizado contratos directos con el productor) y todos los terceros interesados, personas físicas o morales y los diferendos relativos a los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas.

En el segundo caso, el de suministro o la transmisión y distribución de la electricidad, se consideran los diferendos entre los responsables de la generación, la transmisión y la distribución, así como entre los grandes usuarios, en lo que se refiere al suministro o servicio público de transmisión y distribución de la electricidad.

En cuanto a la CNC, está previsto que todos los diferendos entre los operadores respecto de la prestación del servicio público de telecomunicaciones sean resueltos por la autoridad de regulación.

Cabe preguntarse si esas disposiciones implican la recepción de la doctrina de la jurisdicción administrativa primaria del derecho estadounidense. Más allá del alcance que se le puede conceder a la doctrina de la jurisdicción administrativa primaria al interior del derecho administrativo estadounidense, se puede pensar, en el caso de los organismos de regulación, que la obligatoria intervención previa prevista por las normas de creación, constituye un caso de actividad materialmente jurisdiccional de la administración pública, es decir, de una actividad que incumbe, en el orden normal de las instituciones, a los jueces. Y es por ello que esta intervención concierne los diferendos ya sea entre el Estado y los operadores u otros sujetos, o ya sea entre diversas personas privadas.

Este tipo de actividad administrativa, cuya legitimidad constitucional se ve igualmente controvertida, fue sin embargo aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que encontró en ésta uno de los aspectos que renuevan el principio de la separación de los poderes.

Según la Corte, la idea de una administración dinámica, eficiente y con una competencia amplia, apoya la atribución de una función materialmente jurisdiccional a la administración, como modalidad de respuesta pragmática a las exigencias imperativas de los hechos.

Sin embargo, la amplitud de este reconocimiento no fue uniforme. En efecto su admisibilidad está sujeta a la presencia del estándar jurídico que el alto tribunal llamó control judicial suficiente.

Ese *estándar jurídico* fue objeto, a su vez, de una interpretación gracias a la cual, lejos de ser definido conforme a criterios generales u omnicomprensivos, está sometido a parámetros flexibles y variables según la materia y la causa en cuestión, de manera que depende, por ejemplo, de la naturaleza del derecho individual invocado, de la amplitud de los intereses públicos en juego, de la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, de la complejidad técnica de los asuntos que se tratan, y de la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo.

Los criterios enunciados por la Corte para limitar la extensión de la revisión, tales como, por ejemplo, el grado de complejidad técnica de los asuntos en cuestión y la naturaleza de los eventuales conflictos, que no serían estric-

tamente pertenecientes al derecho privado, podrían quizás justificar un control más restringido en el marco de su jurisprudencia.

Y sin embargo, las garantías formales de independencia y de neutralidad, previstas por los actos de los organismos, no son suficientes para poder categorizarlos como tribunales administrativos. Tal es la apreciación de la Corte respecto a ENERGAS.

X. Las audiencias públicas. Revalorización del procedimiento administrativo previo

Los regímenes estudiados reglamentan la realización de audiencias públicas como paso previo obligatorio o discrecional para la adopción de ciertas decisiones de los organismos de regulación.

En ciertos casos, esas audiencias pueden darse antes de la resolución de un diferendo específico: en otros casos, por el contrario, la medida se impone como oportunidad para una evaluación, antes de la decisión o el pronunciamiento de una decisión administrativa de alcance general, de las opiniones o intereses que pueden condicionar el contenido político administrativo de tal decisión.

En todo caso, la audiencia revela un redimensionamiento de la relevancia de la vertiente dinámica de la función administrativa, en comparación con la importancia de la decisión como manifestación estática de esta función.

De todas maneras, estas audiencias no sirven de nada si la autoridad de juicio competente no evalúa correctamente las opiniones que allí se expresan, explicando, por ejemplo, dado el caso, porque esas opiniones no se tienen en cuenta. Esta exigencia se ha establecido recientemente en el reglamento de las audiencias públicas adoptado como anexo I del decreto 1172/03 citado arriba.

***

El servicio público es un título jurídico, en sí mismo exorbitante, invocado por el Estado para satisfacer o, visto de otro modo, para asegurar la satisfacción de las necesidades consideradas como esenciales para alcanzar el bien común por medio del:

- ejercicio de la titularidad (*publicatio*) de ciertas competencias de prestación, con el fin de ejercerlas de manera directa o indirecta.

- desarrollo subsidiario de las actividades de prestación en ausencia de operadores privados, sin titularidad pública.
- ejercicio del poder de control sobre ciertas actividades privadas de suministro.

La regulación es un modo de intervención del Estado en la economía que procura rectificar los errores y lograr la justicia y la eficiencia en la distribución de los ingresos y en la repartición de los recursos, mediante la intervención pública en las opciones abiertas a los agentes económicos. La regulación así concebida comprendería tres categorías: la regulación social o de solidaridad, la regulación de control y la regulación de fomento.

En Argentina, y en este esquema, la experiencia de la regulación de los servicios públicos no existe, al menos en el sentido de este concepto, sino a partir de la década de los noventa, cuando se realizaron las privatizaciones de los servicios públicos.

El principio dominante en la Constitución nacional de 1853-60 era la titularidad privada de la actividad comercial e industrial mientras que la titularidad pública era la excepción y solamente se aprobaba a través de exigencias de interés público.

Sin embargo, el Estado tomó la decisión de asumir la titularidad de las actividades en las que estaba comprometido el interés público, pero la transfirió al sector privado. Tal como se puede notar, el servicio público actuó como un título exorbitante que excluía la titularidad privada de la actividad. En este periodo no hubo regulación, en el sentido actual del término expuesto arriba, sino regulaciones de fomento destinadas a ciertos sectores de la producción.

Con la Constitución de 1949, que dejó de aplicarse en 1956, se decidió la pertenencia inicial de los servicios públicos al Estado, la prohibición de su cesión o concesión a operadores privados y la transferencia al Estado de los servicios que estaban en posesión de particulares, tras su compra o expropiación con una indemnización previa, cuando una ley así lo establecía. El servicio público, una vez más, funcionaba como título primario, en este caso, no solamente para establecer la titularidad *pública, sino también para prohibir su cesión o concesión.*

A comienzos de la década de los noventa, de forma directa o indirecta, el servicio público parecía justificar la nacionalización y el monopolio del Estado; pero el control de la administración central sobre las empresas públicas era inexistente o inofensivo. El concepto moderno de regulación todavía era extraño.

A partir de 1989, con la ley llamada *Ley de Reforma del Estado 23696,* el país se inscribió en la tendencia mundial de transformación de las estructuras estatales. Las privatizaciones no siguieron un plan ordenado y tampoco respetaron la secuencia estándar para estos procesos: marco de regulación, entidad de regulación, privatización.

Los marcos de regulación que se tomaron como base para el análisis, aprobados antes de la reforma de la Constitución de 1994, definieron como servicios públicos las siguientes actividades: la distribución de agua potable y el saneamiento, la transmisión y distribución de electricidad, el transporte y la distribución de gas natural, y las telecomunicaciones, aunque estas últimas habían sido definidas como tales por la legislación precedente.

La Constitución reformada comprende un sistema de servicios públicos basado en las siguientes características:

- la protección de los derechos de los usuarios y consumidores, sin perjuicio a otros derechos también en juego.
- la implementación de un conjunto de autoridades de regulación y un control orientado hacia la protección y el respeto de esos derechos, independientemente de la existencia de otras autoridades orientadas hacia la gestión del bien común.

En este último sentido, la reforma de 1994 clarificó los criterios de intervención del Estado, que anteriormente surgían únicamente de disposiciones legislativas y de enunciados jurisprudenciales. La reforma realiza un modelo de Estado garante del desarrollo humano, del crecimiento económico y de la justicia social, y apunta en consecuencia a llevar la realidad social hacia esos fines.

En el marco de la Constitución actual, es posible concluir que el servicio público conlleva un título jurídico para la regulación y el control de las actividades que ameritan esa calificación, lo que no determina sin embargo es quién tiene la

titularidad, incluso si, como respuesta alternativa excepcional, el Estado puede tomar la titularidad sobre la base de los poderes inherentes al Estado garante que establece la Constitución ("titularidad impropia").

Los fines enunciados en los marcos de regulación son similares a los que se desprenden de la Constitución. Hay que añadir que los objetivos asignados a las entidades deben cumplirse todos conjuntamente y de manera armoniosa, sin que unos puedan prevalecer sobre otros.

No es posible hablar de un marco jurídico unitario del servicio público al menos a la luz de los criterios enunciados anteriormente: acceso a la actividad, duración de la autorización, titularidad de la actividad, estatus y régimen de bienes.

Pero, como regla general, se puede decir que el servicio público es por lo general suministrado por el sector privado, pero garantizado por el Estado.

Las entidades reguladoras encargadas de velar por la realización de los objetivos de la regulación y por la implementación del régimen de regulación y de control, parecen estar inspiradas por las comisiones reglamentarias independientes de Estados Unidos.

Si se consideran las entidades de regulación que corresponden a los servicios enunciados, se pueden notar las siguientes características:

- La mayoría de ellas fueron creadas por una ley del Congreso. Una de ellas fue creada por decreto. Esta diferencia responde a circunstancias políticas relacionadas con la eficiencia de la "burocracia de la privatización".
- Las entidades recibieron, de una manera explícita o implícita, personalidad moral y un orden público propio de la autonomía.
- En todos los casos, se previó dotar estas entidades de recursos propios y darles el poder de establecer su presupuesto. La financiación de ciertas entidades (ENERGAS, ENRE, CNC) depende de las tasas que el ministerio de economía fije; este permite sin embargo la independencia política.
- El régimen patrimonial y financiero de las entidades de regulación está sometido a las reglamentaciones y controles propios del sector público.
- El personal, que no pertenece a la dirección, está regido por el derecho laboral, circunstancia que viola la garantía constitucional que tienen los agentes del Estado y perjudica la independencia en este tipo de organismo.

- En todos esos casos, las entidades de regulación disponen de ciertos poderes de regulación, de control y de consejería, así como poderes contenciosos.
- Diferentes disposiciones garantizan la competencia técnica de los directivos y la independencia funcional del organismo. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el poder político tiende a hacer prevalecer sus objetivos inmediatos sobre sus objetivos de largo plazo.

Aunque la Constitución reformada no exige que los consumidores, los usuarios y las provincias interesadas tengan una representación en la dirección de los organismos de regulación, si implica al menos su integración a esos organismos. Se debe señalar que el Decreto 1172/03 reglamentó la realización de reuniones abiertas de los directorios de las entidades de regulación así como la realización de audiciones públicas previas a ciertas decisiones; la autoridad competente tiene desde entonces la obligación de revelar los motivos que la llevan a rechazar las propuestas que no tiene en cuenta.

Sobre el plano estrictamente jurídico, la creación de las entidades de regulación le pertenece hoy en día al Congreso, lo que no impide que en ciertos casos se realice por decretos de necesidad y urgencia.

El control que se ejerce sobre la autoridad es amplio cuando la entidad de regulación ha sido creada por el poder ejecutivo (control de legalidad y de la oportunidad), pero es restringido cuando la entidad es creada por el Congreso, a menos que la ley prevea un control más amplio.

Las normas que rigen las entidades de regulación les dan poderes de diferente naturaleza para cumplir plenamente sus funciones y alcanzar sus objetivos. Esos poderes deben interpretarse estrictamente, y todo lo que parece necesario no es sistemáticamente legal.

Los poderes que el Congreso le atribuyó a las entidades de regulación antes de la reforma constitucional, y los que le sean delegados en el futuro, deben evaluarse a la luz de la nueva Constitución.

Las entidades de regulación ejercen una actividad contenciosa en los términos definidos por el Tribunal Supremo. Este sin embargo ha rechazado el reconocimiento de las garantías de neutralidad e independencia propias de un Tribunal Administrativo a ENERGAS.

La integración regional y los servicios públicos: el caso del Mercosur*

Domingos Païva de Almeida**

La relación entre la integración regional y los servicios públicos es bien conocida por el público Europeo.[1] Los manuales franceses de derecho de los servicios públicos contienen desarrollos muy amplios en esa área.[2] Los manuales de derecho comunitario tratan ese tema en el capítulo que se refiere a las reglas de la competencia, a través de la noción de *servicio de interés económico general.*[3] Varias obras están especialmente consagradas[4] al estudio de esa relación, en particular varias tesis de doctorado.[5] Con la creación de "agencias" sectoriales vinculadas a la Comisión, la discusión en Europa va incluso a planear la hipótesis de la regulación a nivel regional.[6]

---

* Doctorando, Universidad de París I, Panteón-Sorbona.

** Asistente de Investigación y Enseñanza de la Universidad de París I, Panteón-Sorbona.

[1] Nos referimos a los sectores de las comunicaciones, el transporte y la energía.

[2] Gugliemi, J., Koubi, G., 2000. *Droit du service public.* París, Montchrestien; Lachaume, J.F., Boiteau, C., Pauliat, H., 2000. *Grands services publics*. 2ª ed. París, A. Colin; Mescheriakoff, A.S., 1997. *Droit des services publics*. París, PUF.

[3] Druesne, G., 2001. *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, 6 ed., París, PUF, p. 283-291; Dubois L./Blumann, Cl., 2001. *Droit matériel de l'Union européenne.* 2a ed. París, Montchrestien, p. 488-501.

[4] Girard, L., Vandamme, J., Van der Mensbrugghe F., 1996. *Vers un service public européen*, colección TEPSA, ASPE Europe; Kovar R., Simon D., (dir), 1998. *Service public et Communauté européenne.* 2 vol., Coloquio CEDECE de Estrasburgo, La Documentation Française.

[5] Rodrigues, St., 2000. *La nouvelle régulation des services publics en Europe: énergie, postes, télécommunications et transports,* París, Éd. Tec & Doc, 694 p.; Charbit, N., 2002. *Le droit de la concurrence et le secteur public.* París, L´Harmattan, 530 p.; Lemaire, Ch., 2003. *Énergie et concurrence: recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l´électricité et du gaz*. Tomos I y II. Aix-Marsella, PUAM, 817 p.

[6] La Agencia Europea para la Seguridad Marítima – la AESM (creada en 2002), la Agencia Europea de la Seguridad Aérea – la AESA (creada en 2003) y la futura Agencia Ferroviaria Europea. *Cf.* también la creación del Grupo de Reguladores Europeos en el Ámbito de la Electricidad y el Gas (Decisión de la Comisión 2003/793). Ver Stoffaës Ch. (dir.), 2003. *Vers une régulation européenne des réseaux.* París, Colección ISUPE, 263 p.

Por fuera de Europa, ¿hay otros bloques regionales que aborden el tema de la integración de los servicios públicos, aquí entendidos como los sectores de la comunicación, el transporte y la energía? ¿Es Europa el único caso en su género o simplemente es el caso más avanzado?

Desde los años 90, el fenómeno de la integración económica regional ha avanzado en muchas partes del mundo: TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), la ANSEA (Asociación de Naciones del Sud-este Asiático), la CAN (Comunidad Andina de Naciones), la CARICOM (Comunidad del Caribe), el MCCA (Mercado Común Centroamericano), el MERCOSUR (Mercado Común del Sur), el COMESA (Mercado Común de África meridional y del Sur), la UMA (Unión del Magreb Árabe), etc.

La escogencia del Mercosur –integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay– para realizar un análisis a profundidad se justifica por varias razones: su desarrollo considerable desde su creación por el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991,[7] su destacado lugar en América del Sur,[8] su peso económico y cultural en América Latina,[9] y su creciente rol en las relaciones internacionales.[10] Se tratará más precisamente de saber si el Mercosur desempeña algún rol en lo referente a los sectores de las comunicaciones, el transporte y la energía. ¿Acaso impone un programa de liberalización? ¿Dispone de órganos especializados? ¿Sus accionar es eficiente? ¿Cuál es el estado actual del derecho? ¿Qué futuro esperar?

---

[7] El tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991 instituye el Mercosur y el Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994 rige su organización institucional.

[8] El Mercosur tiene cuatro Estados asociados: Chile (1996), Bolivia (1996), Perú (2003) y Venezuela (julio de 2004). El estatus de asociado implica un acuerdo de libre comercio con el Mercosur y el derecho a asistir a reuniones del grupo, pero sin derecho de voto. México realizó una solicitud de asociación, que se concretará con la conclusión del tratado de libre comercio con el Mercosur. Además, en 2003 se firmó un acuerdo de libre comercio interregional entre el Mercosur y la Comunidad Andina de Naciones.

[9] Recondo, G. (org.), 1998. *Mercosur. La dimensión cultural de la integración.* Buenos Aires, Ciccus, 324 p.

[10] El Mercosur negocia la creación de zonas de libre comercio con la Unión Europea (Acuerdo marco interregional de cooperación, firmado en Madrid el 15 de diciembre de 1995), al igual que con la CARICOM, la SADC, India, Egipto, entre otros. Los Estados pertenecientes al Mercosur también están negociando en bloque su adhesión al ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) que reúne a 34 países del hemisferio americano.

Hoy en día las obras jurídicas sobre el Mercosur son numerosas en los Estados que lo componen.[11] En Francia, el Mercosur sigue siendo poco conocido. Los internacionalistas a veces hacen breves alusiones a él.[12] Recientemente han aparecido obras especializadas en lengua francesa,[13] incluyendo publicaciones de tesis doctorales.[14] Pero el tema de la integración regional de los servicios públicos no ha sido objeto de desarrollos específicos en el ámbito jurídico.[15]

El tema no deja de presentar ciertas dificultades. ¿Tiene el Mercosur instituciones parecidas a las de la Unión Europea? ¿Esas instituciones tienen un poder real? ¿Los sectores de las comunicaciones, el transporte y la energía se benefician de una atención particular? Se explicarán también ciertos aspectos fundamentales del Mercosur, y se definirá su alcance real en cuanto a los

---

[11] Ekmedjian, M.A., 1996. *Introducción al derecho comunitario latinoamericano: con especial referencia al Mercosur.* Buenos Aires, Deplama, 2ª ed.; Ventura, D., 1996. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 168 p.; Pereira A.C.P., 1997. *Mercosul: O novo quadro jurídico das relações comerciais na América latina.* Rio de Janeiro, Lumen Juris; Batista, L.O., 1998. *Mercosul, suas institções e ordenamento jurídico.* São Paulo, LTr, 272 p.; Arnaud V.G., 1999. *Mercosur, Unión Europea, Nafta y los procesos de integración regional.* 2ª ed. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 789 p.; Xavier Basualda R., 1999. *Mercosur y derecho de la integración*. Buenos Aires, Abelardo Perrot, 910 p.; Accioly, E., 1999. *Mercosul e União Européia. Estrutura Jurídico-Institucional,* 2ª ed. Curitiba, Jurúa, 221 p.; Pérez Ortemin J., 2001. *El Mercado Común del Sur – Desde Asunción a Ouro Preto*. 2ª ed. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria; Assis De Almeida J.G., 2001. *Mercosul. Manual de Direito da Integracão.* Rio de Janiro, Lumen Juris, 209 p.

[12] Colliard, Cl. A., Dubois, L., 1995. *Institutions internationales*, 10a ed. París, Dalloz, p. 247; Dupuy, P.M., 2002. *Droit international public*. 6ª ed. París, Dalloz, p. 686.

[13] Baptista, L. O., 2001. *Merosul, ses institutions et son ordonnancement juridique*. París, Monthcrestien, 200 p.; Baptista L.O., 2001. *L´intégration économique régionale en Amérique Latine* (documentos presentados por L. Olavo Baptista y recopilados por Caroline Teanor). París, Montchrestien, 295 p.; Almeida de P.R., 2000. *Le Mercosud: un marché commun pour l´Amérique du Sud*, París/Montreal, L´Harmattan, 158 p.

[14] Mediros, M. de A., 2000. *La genèse du Mercosud*. París, L´Harmattan, 500 p.; Ventura D. de Freitas Lima, 2003. *Les asymétries entre le Mercosur et l´Union européenne: les enjeux d´une association interrégionale*. París, L´Harmattan, 501 p.

[15] Este tema ha sido objeto de estudios en otras disciplinas: Holanda, Fr. M.Br., 2001. *O gás natural no Mercosul: una perspectiva brasileira,* Brasília, FUNAG, 175 p.; Silva E.B. Da, 1997. *Infraestructura para desenvolvimiento sustentado e integração da América do Sul,* Río de Janeiro: Expressão e Cultura, 88 p.; Martínez M.L., 1996. *Formação do mercado elétrico no Mercosul*, Tesis de *Mestrado*, USP, 218 p.; De Paula E., 1993. *A integração energética da América latina iniciando pelos países do Cone Sul: O caso Argentina-Brasil*, Tesis de *Mestrado*, Universidad de São Paulo (USP), 93 p.

sectores mencionados. Ciertos desarrollos tendrán una orientación algo más personal, que proviene de la investigaciones realizada por el autor.

El estudio se apoya en dos ideas principales. En primer lugar, ya existe, aunque tímidamente, una acción común en materia de servicios públicos a nivel del Mercosur (**I**). En segundo lugar, sigue siendo una necesidad urgente reforzar su integración (**II**).

I. El surgimiento de una acción común en materia de servicios públicos

¿En qué consiste una "acción común" a nivel del Mercosur? ¿Qué expresa ella realmente? ¿Cuál es su sentido y su alcance?

La integración de los servicios públicos en el Mercosur tiene un marco jurídico bien distinto al que se conoce para el caso europeo. El Mercosur no es un orden "comunitario" en el sentido europeo,[16] no encarna ninguna "supranacionalidad". Sus normas se dirigen a los Estados y no a los particulares. Estas normas no benefician de la "aplicabilidad inmediata", sino que deben transponerse en el derecho interno. Es sobre la base de las normas de transposición que los jueces nacionales resuelven los litigios. Los órganos dotados de poder de decisión solamente traducen la yuxtaposición de los poderes ejecutivos nacionales. Los diferendos entre los Estados se resuelven por vía arbitral.

En este contexto, la palabra misma de "integración" debe usarse con cuidado. El Mercosur sigue siendo una "organización internacional"[17] o un "simple ente interestatal".[18] El Mercosur se encuentra en el estado de una unión aduanera inacabada. Las barreras interiores se suprimieron en el año 2000; la casi totalidad del comercio con países terceros está sujeta a la Tarifa Exterior Común (TEC).[19] Pero aparte de la libre circulación de mercancías, las otras libertades

[16] Ventura D. de Freitas Lima, 2003, *op. cit.*, p. 113.

[17] Baptista, L.O., 2001. *Mercosul, ses institutions et son ordonnancement juridique.* París, Montchrestien, p. 53 s.

[18] Ventura D. de Freitas Lima, 2003. *Op. cit.* P. 79 s.

[19] Un número limitado de productos no estuvo sometido a la TEC hasta el 2006. Ver Baptista L.O., 2001. *Op. cit.*, p. 87.

no son aún aplicables. Dicho de otra forma, el "mercado común" todavía está en curso de negociación o en espera de transposición.

Los sectores de las comunicaciones, el transporte y la energía ya han sido tratados puntualmente y su apertura regional está en vía de discusión. Será conveniente aclarar el estado actual de este diálogo interestatal. ¿Qué tipos de asuntos han sido objeto de coordinación, convergencia o concertación entre los Estados? ¿Qué acciones "colectivas" resultan de ello? ¿En qué ámbitos? ¿Qué ocurre con el proceso de liberalización?

Es entonces en un marco institucional, esencialmente intergubernamental, que los Estados partes coordinan sus acciones en materia de servicios públicos (**A**). Dado que la exacerbación de las soberanías estatales no favorece el proceso, veremos que esta convergencia es bien frágil, según se trata de temas más o menos sensibles (**B**).

A. La lógica intergubernamental del Mercosur

La lógica *intergubernamental* del Mercosur aparece al nivel de su estructura institucional, que se rige por el Tratado de Asunción del 26 de marzo 1991 y por el Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994.

Los órganos dotados de poder de decisión no tienen ninguna autonomía con relación a los gobiernos nacionales que representan, están integrados en partes iguales por los representantes directos de los poderes ejecutivos nacionales y deciden siempre por unanimidad.[20] No hay ni deliberaciones por mayoría calificada, ni ponderación de votos. Sin sede permanente, los órganos se reúnen en el país que tenga la presidencia rotativa.[21]

Antes de abordar los órganos temáticos que tratan directamente el área de los servicios públicos (**2**), conviene identificar las instancias fundamentales del Mercosur (**1**).

[20] Art. 37 del Protocolo de Ouro Preto, del 17 de diciembre de 1994.

[21] En el primer semestre del 2004, la presidencia rotativa del Consejo (CMC) volvió a estar en manos de Argentina, después pasó a Brasil (2º semestre de 2004), Paraguay (1er semestre de 2005), Uruguay (2do semestre de 2005), y así sucesivamente.

1. El carácter paritario y consensual de las instancias del Mercosur

El "consensualismo" caracteriza las acciones del Mercosur.[22] Los órganos dotados de poder de decisión deciden por unanimidad y con representación paritaria de los Poderes ejecutivos nacionales (*a*). Sin poder de decisión, los órganos que representan a los Parlamentos y a la sociedad civil, se ven relegados a un segundo plano, de donde viene lo que se ha llamado "el déficit democrático" del Mercosur (*b*). Finalmente, la resolución de litigios se realiza mediante un mecanismo simple de tribunal arbitral (*c*).

a) La vinculación de los órganos de decisión a los Poderes Ejecutivos Nacionales

Los órganos que tienen poder de decisión son tres: el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC), y la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM). Estos tres organismos están ligados por una relación de subordinación.

El CMC es el "es el órgano superior del Mercosur al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común.".[23] El CMC está compuesto por los ministros de asuntos exteriores y los ministros de economía.[24] Sin sede fija, el CMC se reúne normalmente una vez por semestre, en el país encargado de la presidencia rotativa. El CMC adopta "Decisiones" vinculantes para los Estados miembros. El GMC es el "órgano ejecutivo del Mercosur",[25] y prepara los trabajos del CMC, le propone proyectos de decisión y toma las

[22] "Las decisiones de los órganos del Mercosur se toman por consenso y en presencia de todos los Estado miembros" (art. 37 del Protocolo de Ouro Preto).

[23] Art. 3 del Protocolo de Ouro Preto.

[24] El Consejo está apoyado por las "Reuniones de ministros", como la de los ministros de minas y energía (Decisión CMC no. 60/00, del 14 de diciembre de 2000). Recientemente, se creó en su interior otro tipo de órgano, el "Comité de representantes permanentes del Mercosur – CRPM)", cuyo Presidente tiene un mandato de dos años, y debe ser una "personalidad política de envergadura" (Decisión CMC no. 11/03, del 6 de octubre de 2003) – se trata en la actualidad del ex presidente de Argentina, Eduardo Duhalde (Decisión CMC no. 14/03, del 6 de octubre de 2003).

[25] Art. 10 del Protocolo de Ouro Preto.

medidas necesarias para ejecutar las decisiones adoptadas.[26] El GMC está compuesto por cuatro miembros titulares y por cuatro miembros suplentes por país que representan a los ministerios de asuntos exteriores, de economía y a los bancos centrales.[27] Este grupo se reúne tantas veces como sea necesario –en la práctica todos los meses– y adopta "Resoluciones" que tienen fuerza ejecutoria para los Estados parte.[28]

La CCM es un órgano auxiliar del GMC.[29] Está compuesto por cuatro miembros que representan a los Estados nacionales y vela por el desarrollo de la política comercial común y por el funcionamiento de la unión aduanera. La CCM adopta "Directivas", que comprometen a los Estados, como por ejemplo las que modifican los valores de la Tasa Exterior Común (TEC) que se le aplica a los productos originarios de terceros países.

b) El "déficit democrático" del Mercosur

Existen órganos que representan intereses distintos de los de los Poderes ejecutivos nacionales. Sin embargo, sus funciones son únicamente consultativas o administrativas. Estos órganos son: la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), el Foro de Consulta Económica y Social (FCE), y el Secretariado Administrativo del Mercosur (SAM).

La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) representa a los Parlamentos nacionales, cada uno de los cuales tiene derecho a un número igual de representantes.[30] Esta Comisión ejerce un rol de simple auxiliar, pues facilita el diálogo con el legislador nacional con el fin de acelerar la transposición de las normas del Mercosur. La Comisión puede dirigir "Recomendaciones" al CMC, por intermedio del GMC.

---

[26] Art. 14 del Protocolo de Ouro Preto. Ventura compara las funciones del GMC a las del Comité de Representantes Permanentes (COREPER) de la Unión Europea, en cuanto a la preparación de las negociaciones preliminares entre los Estados, y las compara a las de la Comisión Europea cuando ejerce su poder de iniciativa (Ventura D. de Freitas Lima, 2003, *op. cit.*, p. 105-107).

[27] Art. 11 del Protocolo de Ouro Preto.

[28] Art. 15 del Protocolo de Ouro Preto.

[29] Decisión CMC 9/94 y artículos 16 a 21 del Protocolo de Ouro Preto.

[30] Artículos 22 a 27 del Protocolo de Ouro Preto.

El Foro de Consulta Económica y Social (FCE) representa a las organizaciones patronales y sindicales que designan los Estados miembros.[31] Se pronuncia a solicitud del GMC y le dirige "Recomendaciones".

El Secretariado Administrativo del Mercosur (SAM) es el órgano de apoyo material y logístico del Mercosur. El SAM gestiona los archivos, publica las actas normativas y difunde, entre otras, las medidas nacionales de transposición.[32] El SAM está dotado de una sede fija en Montevideo, y posee cierta autonomía con relación a los Estados nacionales. Esta entidad tiene un director que es elegido por el GMC y nominado por el CMC, con un mandato de dos años, no renovable y rotativo entre los Estados miembros. Los litigios que se refieren a los agentes del SAM le corresponden al Tribunal administrativo-social, recientemente instituido.[33]

c) El mecanismo arbitral de resolución de diferendos entre los Estados miembro

La resolución de los conflictos, respecto a la interpretación o a la aplicación de las normas del Mercosur, se realiza mediante un simple mecanismo de arbitraje por parte de tribunales *ad hoc.* Participan únicamente los Estados; los particulares están excluidos. El mecanismo se rige por el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de 1991, reformado por el Protocolo de Olivos, del 18 de febrero de 2002.

El Protocolo de Brasilia prevé una primera fase de negociaciones directas, seguida, en caso de fracaso, de una segunda fase, llamada de conciliación o diplomática, en la que el GMC interviene como mediador. En caso de que tampoco haya solución, se inicia entonces la fase arbitral con la nominación del tribunal *ad hoc.* Cada Estado designa un árbitro y un tercero se designa de común acuerdo. El tribunal determina su propio reglamento de procedimiento

[31] Artículos 28 a 30 del Protocolo de Ouro Preto.

[32] Artículos 31 a 33 del Protocolo de Ouro Preto. Puede llamarse también "Secretariado del Mercosur" (art. 6 de la Decisión CMC no. 30/02).

[33] Cf. la resolución GMC 54/03, del 10 de diciembre de 2003, y el reglamento interno, del 4 de junio de 2004.

y decide en un periodo de duración determinada. Hasta el día de hoy, se han producido únicamente nueve fallos de arbitraje.[34]

El Protocolo de los Olivos significó un progreso importante.[35] Este protocolo creó una "Corte permanente de revisión", con sede en la ciudad de Asunción.[36] Esta Corte controla a los tribunales *ad hoc,* como jurisdicción de segunda instancia. Se compone de cinco jueces que tienen un mandato fijo de dos años, renovable dos veces seguidas. Cada Estado designa un juez y el quinto es escogido de común acuerdo. La Corte tiene un reglamento de procedimientos y puede decidir sobre la base de las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sin embargo, solamente los Estados miembros pueden acudir a ella. Las cuestiones prejudiciales por ahora no están previstas.

Después de haber identificado las instancias fundamentales del Mercosur, es conveniente saber si a los servicios públicos objeto de este estudio –las comunicaciones, el transporte y la energía– se les presta una atención particular.

2. La existencia de órganos temáticos propios a los servicios públicos

Existen órganos temáticos propios a los sectores de las comunicaciones, el transporte y la energía al interior del Grupo Mercado Común (GMC), el órgano ejecutivo del Mercosur. Este grupo es la gran instancia de negociación; el GMC adopta Resoluciones que comprometen a los Estados y prepara proyectos de

---

[34] Fallo arbitral no. 1, del 28 de abril de 1999. Argentina c/ Brasil (caso de los "Comunicados DECEX"); *J. a.* no. II, del 27 de septiembre de 1999, Argentina c/ Brasil (caso de la "carne de cerdo"); *J. a.* no. III, del 10 de marzo de 2000, Brasil c/Argentina (caso de los "productos textiles"); *J. a.* no. IV, del 21 de mayo de 2001, Brasil c/ Argentina (caso de la "aves de corral"); *J. a.* no. V, del 29 de septiembre de 2001, Uruguay c/ Argentina (caso de las "bicicletas") ; *J. a.* no. VI, del 9 de enero de 2002, Uruguay c/Brasil (caso de los "neumáticos"); *J. a.* no.VII, del 19 de abril de 2002, Argentina c/Brasil (caso de los "productos fitosanitarios"); *J. a.* no.VIII del 21 de mayo de 2002, Paraguay c/ Uruguay (caso "IMESI"); *J. a.* no.IX del 4 de abril de 2003, Argentina c/ Uruguay (caso de la "lana").

[35] Ver Gomes, E.B., 2003. "Protocolo de Olivos: alterações no sistema de soluções de controvérsias do Mercosul e perspectivas", *Revista de Direito constitucional e international,* no. 42, p. 78-88.

[36] La Corte fue inaugurada oficialmente el 13 de agosto de 2004.

Decisiones con el fin de que sean adoptados por el Consejo del Mercado Común (CMC).

La "comitología" al interior del GMC es particularmente compleja. Para claridad del análisis, es conveniente centrarse particularmente en:

- los sub-grupos de trabajo (SGT) no. 1 "Comunicaciones", no. 5 "Transporte" y no. 9 "Energía y minas (*a*),
- el "Grupo Servicios" (*b*),
- los Grupos *ad hoc* "Contratos públicos" y "Concesiones" (*c)*,
- las Reuniones especializadas "Infraestructura" y "Autoridades cinematográficas" (*d*).

a) Los subgrupos de trabajo (SGT) Comunicaciones, Transporte, Energía y Minas

El SGT no. 1 "Comunicaciones" reúne a los representantes de los Estados, que discuten, negocian, formulan y acompañan proyectos dentro de los diferentes sectores de las comunicaciones. Este subgrupo se divide en cuatro comisiones temáticas: asuntos postales, televisión, servicios públicos de telecomunicaciones, radiodifusión.

El SGT no. 5 "Transporte", comprende las modalidades de transporte aéreo, marítimo, fluvial, ferroviario y de carretera. Este subgrupo se subdivide en tres comisiones temáticas: transporte fluvial y marítimo, infraestructura y transporte terrestre.

El SGT no. 9 "Energía y minas", se compone de una "Comisión temática energía", que incluye la electricidad, el gas, el petróleo y otros hidrocarburos, y de una "Comisión temática minas".[37] La primera ha trabajado entre otros en la elaboración de un marco comparativo entre los países,[38] con el fin de iden-

[37] Estas dos actividades correspondían inicialmente a dos SGT diferentes, S 2 y S 9, que fueron reagrupadas por la Decisión CMC no. 59/00. Pero es probable que vuelvan a ser dos SGT distintas (cf. el punto 2.3 del proceso verbal de la reunión no. LIV del GMC, realizada entre el 23 y el 25 de junio de 2004).

[38] Esta comisión se divide en cuatro subcomisiones: "programas energéticos", "marcos regulatorios", "precios, tarifas y fiscalidad" y "eficiencia, calidad y productividad".

tificar los precios, las tarifas, los impuestos, los datos estadísticos (producción, reservas, consumo, etc.), los datos jurídicos y las restricciones en materia de importación y de exportación.[39]

b) El "Grupo Servicios"

El Grupo Servicios reúne a los representantes de los Estados miembros encargados de negociar el programa de liberalización de los servicios. Las negociaciones de la "5 ronda" siguen un calendario anual y supuestamente deben terminarse a fines del 2004. El programa tiene el propósito de instaurar el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de profesionales de ramas liberales, quienes no se benefician del efecto directo del Tratado de Ouro Preto. Recientemente, el GMC le encargó al *Grupo de Servicios* del examen de una proposición brasileña, referente a la armonización de las "leyes marco de regulación".[40]

c) Los Grupos ad hoc "Contrataciones públicas" y "Concesiones"

Como su nombre lo indica, los Grupos *ad hoc* son creados con un objetivo preciso y solamente tienen una existencia temporal. Están compuestos por representantes de cada Estado, y al igual que otros órganos del GMC, deben formular un proyecto de posición común.

El grupo *ad hoc* de "Contrataciones públicas" fue creado con el propósito de preparar el "Protocolo de los Contratos públicos del Mercosur". El Protocolo efectivamente se alcanzó: Fue adoptado por el Consejo del Mercado Común (CMC) para luego ser incorporado al derecho interno.[41]

Con base en el mismo principio, el grupo *ad hoc* "Concesiones" se formó con el fin de concebir un Protocolo sobre las concesiones de servicio público y de obras públicas del Mercosur,[42] para ser luego presentado para adopción al CMC.

---

[39] Resolución GMC no. 33/01.

[40] *Cf.* el punto 1.1.2. del resumen de la reunión ordinaria no. LII del GMC que se realizó el 30 y 31 de marzo de 2004.

[41] Decisión CMC 40/03, del 15 y 16 de diciembre de 2003.

[42] Resolución GMC no. 44/00.

d) Las reuniones especializadas "Infraestructuras" y "Autoridades cinematográficas"

Las reuniones especializadas son otra modalidad de organización al interior del GMC. Podemos reseñar dos en particular.

En primer lugar, la "Reunión especializada de infraestructura de la integración", creada en el año 2000, tiene por misión identificar y promover proyectos de interés común, en los ámbitos de comunicaciones, transportes y energía, y velar por la utilización equilibrada de los recursos naturales, para la protección del medio ambiente y para el mejoramiento de las interconexiones físicas entre los países.[43]

En segundo lugar, la "Reunión especializada de las autoridades cinematográficas y audiovisuales del Mercosur (REACAM)", creada en diciembre de 2003, debe analizar los mecanismos nacionales de apoyo a la industria cinematográfica y concebir esquemas de complementariedad. Su misión es "*promover la armonización de las políticas públicas del sector, la libre circulación de bienes y servicios cinematográficos en la región y la armonización de los aspectos legislativos*".[44]

La existencia de órganos temáticos en los sectores de las comunicaciones, el transporte y la energía, muestra en que el Mercosur no ignora al tema de la integración regional de servicios públicos. Pero esta primera constatación no es suficiente por sí misma. Todavía hace falta saber si el diálogo *"mercosudiano"* llega a resultados concretos. ¿Cuál es su aporte real? ¿Las posiciones comunes se hacen efectivas?

B. La frágil coordinación de los servicios públicos

Durante sus primeros años de existencia, el Mercosur le consagró una atención particular a la eliminación de las restricciones tarifarias y no tarifarias, así como a la implementación de la Tarifa Exterior Común (TEC). Las otras libertades, así como las políticas sectoriales han sido objeto de algunas medidas

[43] Res. GMC no. 89/00.
[44] Res. GMC no. 49/03.

puntuales; pero cuando se han logrado compromisos importantes, estos no han sido incorporados al derecho interno.

La ausencia de transposición no puede sancionarse sino mediante un contencioso sobre la responsabilidad internacional del Estado.[45] El tratado no previó un "recurso de incumplimiento", pero el tribunal arbitral ya condenó a un Estado por no haber traspuesto los actos de derecho derivado.[46]

La integración de los sectores de comunicaciones, transportes y energía padece de esta fragilidad institucional. Los Estados controlan tanto el proceso de negociación como el de transposición.[47] En un contexto así, se comprende que algunos temas se traten con más facilidad que otros. Negociar la convergencia de temas simplemente técnicos es por lo general menos difícil que la eliminación de los monopolios, la habilitación de ayudas estatales o el derecho de establecimiento. Además, es más fácil adoptar disposiciones administrativas que leyes, a las que los Estados deben recurrir cuando se trata de temas políticamente importantes.[48]

---

[45] Fallo arbitral no. IV, del 21 de mayo de 2001, Brasil c/ Argentina (caso de las "aves de corral"). Punto 117: "Dada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento apareja la responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido. La no incorporación de una norma Mercosur obligatoria puede dar lugar a una controversia bajo el PB (protocolo de Brasilia) por incumplimiento de la adopción de la normativa Mercosur. A su vez, la controversia por la vía del arbitraje puede desembocar eventualmente en la adopción de medidas compensatorias de acuerdo con el artículo 23 del PB. En esta línea, y de conformidad con el principio de buena fe, tampoco deberán los Estados –"obligación de no hacer"– realizar acciones que por su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada".

[46] Fallo arbitral no. VII, del 19 de abril de 2002, Argentina c/ Brasil, caso de los "productos fitosanitarios". Ver la nota 68 *infra.*

[47] "(…) los gobiernos nacionales disponen de un poder discrecional sobre la oportunidad de la transposición y sobre la forma mediante la cual serán transpuestos los actos comunitarios" (Ventura D. Freitas Lima, 2003, *op.cit*, p. 128).

[48] "(…) las decisiones se incorporarán a cada uno de los sistemas jurídicos según las reglas propias de cada uno (sic). Las decisiones serán tratadas, en resumen, como acuerdos internacionales nuevos, incorporados al nivel de la ley, es decir como *executive acts* que serán objeto de medidas administrativas que los insertarán" (Baptista, L.O., 2001. *Mercosul, ses institutions et son ordonnoncement juridique .* París, Monchrestien, p. 74).

La integración de los servicios públicos parece beneficiarse de condiciones de desarrollo más propicias, cuando solamente están en juego asuntos más técnicos (**1**). Pero cuando se trata de grandes temas de política económica, *el intergubernamentalismo del Mercosur* revela todas sus debilidades (**2**).

1. Un mejor acercamiento en asuntos técnicos

Ciertas acciones, en razón de su contenido más técnico, parecen beneficiarse de mejores condiciones de negociación y de transposición. Este tipo de acciones técnicas ha sido objeto de numerosas posiciones comunes a nivel del Mercosur. Sería posible clasificarlas según las siguientes tres modalidades: la prestación de servicios en zona de frontera (*a*), las negociaciones con terceros países (*b*), y la armonización de la reglamentación técnica al nivel de cada Estado.

a) La coordinación de servicios en zona de frontera

El acuerdo sobre las zonas de frontera es un tema corriente en materia de cooperación internacional. Los Estados limítrofes deben encontrar compromisos sobre los puntos de conexión de sus redes de transporte terrestre, aéreo y acuático, sobre las interferencias de las frecuencias de radio y teledifusión, sobre la explotación de los potenciales hidroeléctricos en los ríos comunes, etc. El Mercosur proporciona diversos ejemplos de esta coordinación de servicios en la zona de frontera.[49]

La Resolución GMC 66/97, titulada *Disposiciones sobre los servicios públicos de telefonía de base en las zonas de frontera,* es un primer ejemplo. Esta resolución expresa el compromiso al que llegaron los Estado miembros, en lo que concierne la prestación del servicio telefónico y las características de las interconexiones establecidas entre localidades situadas a menos de 50 kilómetros la una de la otra, pero separadas por la frontera.

[49] La Decisión CMC 05/02, del 5 de julio de 2002, creó al interior del GMC el "Grupo *ad hoc* sobre la integración fronteriza"; este grupo debe elaborar proposiciones en relación con "los intercambios comerciales entre las fronteras comunes de los Estados miembros del Mercosur y con los asuntos que conciernen la salud, la enseñanza, el trabajo, migración, el transporte, el desarrollo económico y otros".

En materia postal, la Resolución GMC 29/98 sobre los *Intercambios postales entre ciudades situadas en zonas de frontera* establece un marco uniforme, que simplifica el tránsito de correo de peso inferior a 500gm, entre dos ciudades situadas a cada lado de la frontera. La Resolución incluye una lista que indica las 21 aglomeraciones urbanas afectadas, y precisa las reglas de coordinación que los Estados deben implementar con relación a la frecuencia del servicio, a la compensación de los costos de transporte, a los aspectos aduaneros, a las normas de seguridad, a la tarificación, al recaudo, a la clasificación, a la distribución, a la devolución, etc.

El problema de las interferencias mutuas de las frecuencias de radio es tratado por la Resolución GMC 31/01, llamada *Marco regulador del servicio de radiodifusión sonora en frecuencia modulada* (FM). Se trata de un mecanismo de coordinación y de diálogo recíproco entre autoridades competentes para otorgar los títulos de utilización de las frecuencias hertzianas.[50]

b) La coordinación de posiciones comunes en los Foros internacionales

El segundo ejemplo de acción común es el de las negociaciones internacionales. Los Estado miembros del Mercosur pueden realizar concertaciones en torno a una posición común, con el fin de defenderla en bloque ante las organizaciones internacionales o ante tercero países.

Así, durante la creación del Sub-grupo de trabajo (SGT) no. 12 "Inversiones", se precisó que una de sus misiones era la de "realizar un seguimiento a las negociaciones sobre inversión en el plano internacional (...) y coordinar las posiciones de los Estados miembros del Mercosur en los foros internacionales en los que participaran" (art. 2, de la Resolución GMC no. 13/00).

En el sector de las comunicaciones, el Mercosur con frecuencia está representado por una sola voz en los foros internacionales. Es el caso de la

[50] Durante la reunión ordinaria no. L del GMC, el 10 y 12 de junio de 2003, los representantes uruguayos insistieron en que los operadores de radio de su país seguían teniendo interferencias que provenían de Argentina; los representantes argentinos se comprometieron tomar medidas apropiadas, pero recordando que la Resolución GMC no. 31/2001 no se había traspuesto todavía en Uruguay (*Cf.* el punto no. 16.3 del proceso verbal de la reunión).

Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT), que tiene el propósito de asegurar la interconexión y la interoperabilidad de las redes internacionales, o de la Unión Postal Universal (UPU), que promueve la libre circulación de los envíos postales y la adopción de normas comunes.[51]

Otro caso de concertación se refiere a las negociaciones entre el Mercosur y la Unión Europea, para la creación en 2005 de una zona de libre comercio.[52] Las negociaciones se refieren, entre otros, a la libre prestación de servicios de telecomunicaciones y transporte marítimo, así como a la transparencia de las reglas de adjudicación de contratos públicos, en particular en los sectores del agua, los transportes y la energía.[53] A diferencia de la Unión Europea, que estuvo representada por la Comisión, el Mercosur no estuvo representado por el GMC, sino por las cuatro delegaciones nacionales.[54] Sin embargo, su posición debe ser uniforme.[55]

c) La armonización de la reglamentación técnica

Además de los aspectos técnicos relacionados con las fronteras comunes y con los terceros países, el Mercosur también favorece una armonización entre las reglamentaciones internas de cada Estado. Los ejemplos son numerosos y variados.

---

[51] A petición de el SGT no. 1 "Comunicaciones", el Mercosur enviará un representante al XXIII Congreso de la UPU en Bucarest, del 15 de septiembre al 5 de octubre de 2004 (*cf.* el punto no. 2.3 del proceso verbal de la reunión no- LIV del GMC, realizado del 23 al 25 de junio de 2004).

[52] Acuerdo marco interregional de cooperación, firmado en Madrid el 15 de diciembre de 1995.

[53] *Cf.* el resumen de la 13ª reunión del Comité, que se realizó en Bruselas, del 3 al 7 de mayo de 2004 (http://europa.eu.int/comm/external:relations/mercosur/intro/index.htm - consultado el 13 de julio de 2004).

[54] El Tratado de Ouro Preto autoriza al Consejo del Mercado Común (CMC) a habilitar al Grupo Mercado Común (GMC) para negociar y suscribir acuerdos con países o grupos de terceros países y organismos internacionales (art. 14, párrafo VII, del Tratado de Ouro Preto.) Al interior del GMC, existe un particular un "Grupo *ad hoc* Asuntos Exteriores") (Res. GMC no 34/95; ver igualmente Dec. CMC no. 32/00 "Reactivación de Mercosur – negocios exteriores").

[55] El Tratado de Asunción contiene la cláusula de la "nación más favorecida", de tal forma que los Estados miembros del Mercosur se benefician automática y recíprocamente de toda "ventaja, favor, exención aduanera, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países, no miembros de la Asociación Latinoamericana de integración (ALADI)" (art. 8, párrafo *d*, del Tratado de Asunción).

En el sector postal, los Estados se han puesto de acuerdo para emitir estampillas que resalten la importancia del Mercosur.[56] En materia telefónica, se estableció un número de marcación común para facilitar los desplazamientos intra-zona de los viajeros, quienes podrán obtener información sobre las tarifas, los operadores, los prefijos y los servicios propios de cada Estado.[57] En el campo de la televisión, los Estados han establecido condiciones comunes para otorgar licencias a estaciones generadoras y repetidoras de televisión;[58] este acuerdo tiene el propósito de repartir las cadenas de televisión entre los Estados miembros e incluye procedimientos de diálogo recíproco, en particular, en caso de conflicto.

En materia de transporte, las normas de vigilancia y de control para los productos peligrosos ocupan un lugar importante, ya sea en el sector del transporte de carga (Resolución GMC 10/2000), o en el sector ferroviario (Resolución GMC 82/2000). En el área de energía, el SGT no. 9 tiene la misión de promover la armonización de las normas técnicas, en lo que se refiere transmisión de energía, a las interconexiones, a la seguridad y a la protección del medio ambiente (Resolución GMC 33/01).

Se han realizado algunos acuerdos con Estados asociados. Es el caso de la "declaración de Buenos Aires", del 15 de abril de 2004, firmada por el Mercosur, Bolivia, Chile y Perú. Se trata de una iniciativa emprendida por la SGT 1 "Comunicaciones", que culminó en una declaración de intenciones comunes. Esta declaración gira en torno a los puntos siguientes: mejorar la infraestructura regional de comunicaciones, promover la universalización del servicio, estimular la investigación tecnológica en particular en el campo satelital, promover la convergencia y la interconexión de las redes, promover un "marco regulador con reglas claras", analizar el asunto de la seguridad en las redes de telecomu-

[56] Res. GMC no. 48/2000, del 28 y 20 de septiembre de 2000, "Emisiones filatélicas con la temática del Mercosur".

[57] Res. GMC no. 18/02, del 20 de junio de 2002, "Sistemas de información de servicios de telecomunicación con código de acceso unificado para los servicios de telefonía en el Mercosur".

[58] Res. GMC no. 6/95, del 29 al 31 de marzo de 1995, "Acuerdo de asignación y uso de las estaciones generadoras y repetidoras de televisión".

nicaciones (…), con el fin de adoptar regulaciones nacionales y regionales que contribuyan a prevenir delitos.

Si bien la cooperación parece evolucionar fácilmente en lo que concierne a los aspectos técnicos, el Mercosur tiene dificultades para lograr consensos en las grandes áreas de interés político-económico.

2. Una convergencia difícil en materia de política económica

El "mercado común" previsto por el Tratado de Asunción ha tenido dificultades para convertirse en realidad.[59] Aparte de la libre circulación de mercancías, los Estados todavía no han concretado las otras libertades fundamentales. Tampoco se ha adelantado mucho en la aproximación de las políticas sectoriales.

En efecto, el juez arbitral precisó que las reglas del Tratado que no se refieren a las mercancías solamente tienen un valor "programático".[60] Estas reglas no son "inmediatamente aplicables" ni "exigibles". Los Estados no pueden invocar directamente contra los otros las reglas que los encarnan, sino que deben formular compromisos concretos, mediante nuevos acuerdos o normas de derecho derivado.

La integración de los sectores de comunicaciones, transporte y energía a nivel del Mercosur todavía está en camino de negociación entre los Estados (*c*). Esta situación contrasta con la situación de otras áreas, como la de la libre

[59] Art. 1ero del Tratado de Asunción: "Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deber estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará "Mercado Común del Sur" (MERCOSUR). Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales; La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes; El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración".

[60] Ver fallo arbitral no. 1, del 28 de abril de 1999, "Argentina c/ Brasil" (caso de los "comunicados DECEX"), punto 67.

circulación de mercancías que ya está en vigor[61] (*a*), o la de la libre circulación de personas, servicios y capitales o de la libre competencia, que ya han sido objeto de acuerdos y que esperan simplemente su trasposición al derecho interno (*b*).

a) La libre circulación de mercancías: una libertad efectiva

El fallo arbitral no. 1 precisó que las normas del Tratado de Asunción, relativas a la libre circulación de las mercancías, se benefician de "aplicación inmediata", tanto en materia de restricciones tarifarias, como de restricciones no tarifarias.[62] Así, desde la entrada en vigor del Tratado, los Estados no debían introducir nuevos derechos de aduana, ni nuevas restricciones cuantitativas (obligación de "congelar" o *standstill* o "clausula de statu quo"). Además, las barreras tarifarias y las cuotas o contingentes tuvieron que eliminarse progresivamente durante el periodo de transición, llamado "programa de adecuación final".

El Tratado de Asunción fijaba el final del periodo de transición el 31 de diciembre de 1994. Pero como el programa de eliminación no pudo llevarse a cabo para esa fecha, se prorrogó el plazo (Dic. CMC 5/94). Con ocasión de un litigio sobre las cuotas de importación de textiles en Argentina, el Tribunal arbitral No. III fijó finalmente en ese entonces como fecha límite para dicha transición el 1 de enero de 1999 para Argentina y Brasil y el 1 de enero del 2000 para Paraguay y Uruguay.[63]

---

[61] El gas natural y la electricidad se consideran como mercancías en lo que se refiere a la unión aduanera; Están reseñados en la Nomenclatura Comercial Común (NCM) con los códigos 2711.11.00 y 2716.00.00 respectivamente (Res. GMC 61/01, del 19 de diciembre de 2001).

[62] Fallo arbitral no. 1, del 28 de abril de 1999, Brasil c/ Argentina, "caso de los comunicados DECEX": el tribunal da satisfacción a la demanda argentina y califica de medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la reglamentación brasilera en materia de licencias no automáticas de exportación.

[63] Fallo arbitral no. III, del 10 de marzo de 2000, Argentina c/ Brasil, "caso de los productos textiles", punto III, D, 3: "La introducción al esquema de unión aduanera entre los Estados Miembros del MERCOSUR comenzó con la culminación del Régimen de Adecuación Final. Para Argentina y Brasil esto se alcanzó el 1ero de Enero de 1999, mientras que a Paraguay y a Uruguay se les permitió el continuar ciertas medidas de protección al comercio hasta el 1 de Enero de 2000 bajo un cronograma especial. Respecto a la liberalización del comercio intrazona, las partes alcanzaron

Los dos fallos citados también definieron las excepciones admitidas en cuanto a la libre circulación. El fallo no. I declara que la libre circulación puede sufrir las restricciones que se justifiquen por los "valores de naturaleza no comercial" contenidos en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980 que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI): la moralidad pública, la seguridad de las personas, animales y vegetales, el patrimonio artístico o los riesgos nucleares.[64] Por otra parte, el fallo arbitral no. III declara que es posible restringir la importación de mercancías mediante "cláusulas de salvaguarda" relacionadas a situaciones de crisis económica. Pero estas cláusulas deben ser autorizadas de forma explícita y consensual por las instancias del Mercosur; se condenan las medidas unilaterales.[65]

La jurisprudencia parece evolucionar hacia un mejor control de las medidas que tienen un efecto equivalente a restricciones cuantitativas a las importaciones. En un primer momento, el criterio que se retuvo fue el del "tratamiento nacional", que exige que se constate una discriminación explícita o implícita para que la medida estatal en cuestión sea condenada. Pero el criterio del "efecto restrictivo" parece comenzar, lo que llevaría a proscribir las medidas estatales que tengan un efecto restrictivo sobre el comercio y que no estén justificadas por razones de interés general, incluso cuando no hubiera discriminación.[66]

---

su objetivo relativo a la implementación del Programa de Liberación Comercial con las excepciones de los sectores azucarero y automotores."

[64] Fallo arbitral no. 1, del 28 de abril de 1999, Argentina c/ Brasil, "caso de los comunicados DECE", punto 81. Ver también el artículo 2, b, del Anexo I "programa de liberalización comercial", del Tratado de Asunción, que remite explícitamente al artículo 50 del Tratado de Montevideo que instituye la ALADI.

[65] "[…] es posible la aplicación de medidas de salvaguardia al comercio-intrazona en Mercosur en tanto haya una norma explícita que así lo autorice" (Fallo arbitral no. III del 10 de marzo de 2000, Brasil c/ Argentina – "caso de los productos textiles", pt. IV, F). *Cf.* también el Anexo IV "Clausulas de salvaguarda" del Tratado de Asunción.

[66] Fallo arbitral no. VI del 9 de enero de 2002, Uruguay c/Brasil, "caso de los neumáticos", punto II, B, 1, b), *in fine:* "La prohibición de imposición de restricciones o "medidas de efecto equivalente" en el MERCOSUR posee un carácter absoluto, o sea, no puede ser empleada por un Estado miembro aunque la "medida" no se destine a la discriminación del producto extranjero".

b) Servicios, personas, capitales y competencia: falta de trasposición

La libre circulación de los "factores de producción" y la libre competencia se consideran como reglas "programáticas" del Tratado de Asunción, cuya entrada en vigor depende del acuerdo entre los Estados. Ya se han firmado tres acuerdos importantes, pero todavía no se ha realizado su trasposición.[67] Se trata del "Protocolo de Colonia", sobre la libre circulación de capitales (Decisión CMC 11/93), el "Protocolo de Fortaleza", sobre las reglas de competencia (Decisión CMC 18/96) y el "Protocolo de Montevideo", sobre el comercio de servicios (Decisiones CMC 13/97, 01/00 y 56/00). Para poder entrar en vigor, los "protocolos" deben ser ratificados por cada Estado y posteriormente deben incorporarse a su orden jurídico interno.

El Protocolo de Colonia trata sobre las inversiones recíprocas en Mercosur.[68] Este protocolo que data de 1993 ha sido objeto de numerosas excepciones, pues cada país presentó una lista de "sectores excluidos". Brasil, Paraguay y Uruguay introdujeron importantes reservas en materia de comunicaciones,

---

[67] Con base en los artículos 38 y 40 del Protocolo de Ouro Preto y a nombre del principio de *pacta sunt servanda,* el Tribunal arbitral ya condenó a un Estado por no haber traspuesto los actos de derecho derivado en el ámbito de la libre circulación de mercancías. Cf. el Fallo arbitral no. VII, del 19 de abril de 2002, Argentina c/ Brasil, caso de los "productos fitosanitarios": "8.15. Este Tribunal Arbitral entiende que violenta los principios de pacta sunt servanda y razonabilidad, así como la noción intrínseca de obligación jurídica, la existencia de una obligación carente en absoluto de plazo, y cuyo cumplimiento está por tanto sometidos a la voluntad de los Estados Partes. 8.16. En virtud de los principios que acaban de exponerse, este Tribunal arbitral entiende que en los casos en que no existen plazos para el cumplimiento de la obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 del POP, se impone al intérprete la tarea de completar el vacío normativo y delimitar el mismo, llenando de contenido el concepto jurídico indeterminado de plazo razonable. 8.17. El concepto jurídico indeterminado de "plazo razonable", debe ser llenado en cada caso, delimitando el plazo que razonablemente el Estado Parte podría haber insumido en incorporar efectivamente la normativa objeto de la obligación a su derecho interno. 8.18. Surge probado de estas actuaciones que todos los Estados Partes, excepto la República Federativa del Brasil, han cumplido con la obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 del POP, habiendo ingresado a su derecho interno las Resoluciones del Grupo mercado Común 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98".

[68] Este acuerdo concierne las inversiones efectuadas entre los Estados miembros. Las operaciones realizadas con terceros países fueron objeto de un segundo acuerdo: el "Protocolo sobre la promoción y la protección de las inversiones originarias de Estados no miembros del Mercosur" (Dic. CMC 11/94).

transporte y energía. Estas reservas se justificaban en esa época por las restricciones legales o constitucionales de que eran objeto esas actividades, en relación con las inversiones extranjeras o la iniciativa privada. Mientas que el protocolo no esté en vigor por falta de trasposición, sería oportuno revisar la lista de reservas en los ámbitos en los que éstas han sido eliminadas.[69]

El Protocolo de Fortaleza sobre la protección de la competencia contiene una cláusula que prevé su entrada en vigor en los dos primeros Estados que lo ratifiquen. Dado que Brasil y Uruguay ya lo hicieron, el Protocolo sería entonces exigible en esos países.[70]

El Protocolo de Montevideo sobre el comercio de servicios afecta el derecho de establecimiento de las personas jurídicas y de los profesionales de carreras liberales, y la libre prestación de servicios. Este Protocolo instituye tres reglas generales: el derecho al tratamiento nacional (prohibición de discriminación debido a la nacionalidad o al lugar de residencia), la regla de la nación más favorecida (extensiones de los beneficios que se le concedan a terceros Estados a todos los Estado miembros), y el acceso a los mercados (prohibición de las cuotas, contingentes, etc.).[71]

c) La integración de los sectores específicos: fase de negociación

El Protocolo de Montevideo sobre el comercio de servicios contiene un capítulo titulado "compromisos específicos" que, a diferencia del capítulo sobre reglas generales, todavía está en fase de negociaciones. Estas negociaciones se realizan al interior del Grupo de Servicios, siguen un calendario anual y deberían

---

[69] Assis de Almeida, J.G., 2001. *Mercosul. Manual de Direito da Integração*. Río de Janeiro, Lumen Juris, p. 108.

[70] En cuanto a este procedimiento más flexible, ver Ventura D. de Freitas Lima, 2003, *op. cit.*, p. 125.

[71] En junio de 2003 solamente Argentina había traspuesto el Protocolo sobre los servicios (cf. el punto 6.4.3 del proceso verbal de la reunión ordinaria no. L del GMC, que se realizó los días 10 y 12 de junio de 2003). Los Presidentes de los Estados miembros declararon, en un *Comunicado conjunto del 8 de julio de 2004, que la trasposición del Protocolo era una prioridad, con el fin de darle una "mayor seguridad jurídica y previsibilidad a los operadores de servicios de la región"* (*cf.* el punto 16 del Comunicado).

llevar a una homologación del CMC.[72] Está previsto un periodo de transición de diez años, en el curso del cual deberán eliminarse progresivamente las restricciones.

Los sectores de las comunicaciones y transportes son objeto de compromisos específicos precisados en el "protocolo sobre el comercio de servicios y anexos específicos referentes a las telecomunicaciones y el transporte aéreo, acuático y terrestre" (Diciembre CMC no. 9/98).

Los compromisos son diferentes según los Estados. Cada Estado indica las actividades que desea incorporar al programa así como los mecanismos y el calendario de eliminación de las restricciones. Las asimetrías, que son significativas de un país a otro, engendran un fuerte desequilibrio por sectores, a pesar de que mediante esas negociaciones, los Estados traten de lograr una compensación "global" entre sus concesiones. Ciertas actividades permanecen en las listas de exclusión, debido a su naturaleza más "sensible" y no están sometidas al Protocolo. Es el caso del transporte marítimo y también de los servicios de radiodifusión y de televisión ofrecidos a los usuarios residenciales.

Los sectores de la electricidad y el gas no han sido objeto de "compromisos específicos"; no integran por lo tanto de forma explícita el programa de liberalización de los servicios. Estos sectores tienen de hecho una base particular que los liga simultáneamente a la libre circulación de mercancías, la liberalización de los servicios y la competencia. Esta base está en dos acuerdos sectoriales establecidos en el Consejo del Mercado Común (CMC): el "Memorándum relativo a las energías eléctricas y la integración eléctrica en el Mercosur"[73] y "El Memorándum relativo a los intercambios gasíferos y a la integración gasífera en el Mercosur".[74]

En lo que se refiere a la integración de los sectores de la electricidad y el gas, los dos acuerdos fijan las reglas mínimas de convergencia, que enmarcan el proceso de negociación entre los Estados. Se trata en particular de los

[72] Res. GMC no. 52/03, "Profundización de los compromisos de liberalización en materia de servicios – V ronda de negociaciones sobre los compromisos específicos en materia de servicios".

[73] Dec. CMC no. 10/98, del 23 de julio de 1998.

[74] Dec. CMC no. 10/99, del 7 de diciembre de 1999.

puntos siguientes: la incompatibilidad de las ayudas públicas a la producción, el derecho de los grandes usuarios a escoger libremente su proveedor, el acceso de terceros a la red, la prohibición de discriminar las operaciones que sean el resultados de intercambios transfronterizos, el respeto a los tratados firmados por los Estados, el respeto al orden de precedencia económica en los servicios de llamado y equilibrio (*dispatching*), el respeto a las obligaciones de calidad y seguridad en el abastecimiento.

Las negociaciones se realizan al interior del SGT no. 9 "Energía y minas". Las negociaciones deben llegar a compromisos que permitirán delimitar ciertas nociones inscritas en los Memorandos, tales como "subvención", "costos económicos eficientes" o prácticas discriminatorias".[75]

El Mercosur ha favorecido la adopción de acciones comunes en los sectores de las comunicaciones, los transportes y la energía. Los representantes nacionales discuten y adoptan compromisos en los diferentes órganos del Mercosur. Sin embargo, su autoridad es discutible. Si la coordinación parece tener resultados concretos en relación con asuntos más técnicos, los grandes temas de la liberalización a nivel regional y la armonización de las políticas sectoriales, todavía están en fase de negociación, y aunque se han realizado ya algunos acuerdos, aún hace falta su trasposición al derecho interno. Sin embargo, la integración regional de los servicios públicos sigue siendo una necesidad, como lo indican los eventos recientes.

II. La necesidad de reforzar la integración de los servicios públicos a nivel regional

En América del Sur, la integración de los sectores de las comunicaciones, del transporte y de la energía depende de una vasta red de acuerdos bilaterales entre los Estados. Es sobre esta base que los Estados han solucionado las dificultades relacionadas con las conexiones en las zonas fronterizas, en la explotación de los ríos comunes o con el desarrollo de infraestructuras de transporte.

[75] Res. GMC no. 33/01

Los intercambios económicos entre los países de la región se han incrementado y tienden a desarrollarse aún más, en función de acuerdos de libre comercio que harán del continente una zona de libre circulación de bienes y servicios.[76] Las interconexiones, que la cooperación entre Estados vecinos ha permitido establecer, generan hoy en día efectos de escala que superan el interés simplemente bilateral. Los proyectos de integración adquieren una dimensión multilateral, ya para integrar de mejor manera a la región en la economía mundial o al subsanar las carencias sociales de las poblaciones.

Los crecientes imperativos de la integración regional se confrontan a la ausencia de marcos jurídicos multilaterales. Hemos visto que el Mercosur tiene dificultades para consolidar la integración de los sectores estudiados. Los Estados muestran sin embargo la intención de entablar compromisos en espacios más amplios, como por ejemplo la "Declaración de Buenos Aires", del 15 de abril de 2004, referente al sector de las telecomunicaciones, suscrita por el Mercosur, Bolivia, Chile y Perú. Otras iniciativas se inscriben a nivel continental, como tendremos ocasión de examinarlo.

La necesidad de profundizar el diálogo regional es particularmente necesaria en materia energética (**A**). Convendría también examinar las mejoras que pueden esperarse en materia de integración regional (**B**).

A. Una fuerte necesidad de integración en materia energética

El ejemplo de la integración energética es rico en enseñanzas, y encuentra su lugar en este estudio en el contexto de la crisis energética argentina que ha tenido consecuencias regionales.

En el marco de los diferentes tratados bilaterales en materia energética, Argentina había puesto en marcha un sistema de expedición automática de autorizaciones de exportación.[77] Pero en el mes de marzo de 2004, las autoridades de Buenos Aires estimaron que existía un riesgo de escasez de gas natural –gas

[76] El 15 de diciembre de 2003, un acuerdo de libre comercio fue firmado entre el Mercosur y la Comunidad Andina.

[77] Resolución del antiguo Secretariado de Minas y Energía no. 131/2001, del 9 de febrero de 2001.

que alimenta en especial las centrales térmicas de producción de electricidad. Se decidió entonces limitar las exportaciones de gas mediante la reintroducción de licencias condicionales.[78] Esta medida tenía como propósito reorientar una parte de la producción de gas hacia el mercado interno, donde los precios son menos atractivos.[79] En la práctica, las exportaciones sufrieron reducciones cuantitativas de hasta de un 15%.

Esta situación ilustra, a nuestro modo de ver, algunas importantes paradojas. Por una parte, la integración energética es bien real en el "Cono Sur" y tiende a desarrollarse cada vez más (**1**). Por el contrario, su fundamento jurídico sigue siendo esencialmente bilateral, mientras que como lo demuestra la crisis argentina, no se pueden seguir ignorando las implicaciones multilaterales de la integración energética (**2**).

1. La interdependencia energética del Cono Sur

La expresión "Cono Sur" designa un espacio geográfico que incluye no solamente los Estados miembros del Mercosur, sino también Estados vecinos como Chile o Bolivia. Este grupo de países está ligado por relaciones políticas y económicas particulares, en especial en el ámbito de la energía. La situación de interdependencia energética puede considerarse en dos ejes: la existencia de importantes infraestructuras comunes, constituidas por las tres centrales binacionales y las interconexiones eléctricas y gasíferas (*a*), y la presencia de operadores económicos que escogen como estrategia establecerse dentro de diferentes Estados de la región (*b*).

[78] Resolución del Secretariado de la Energía no. 265/2004, del 24 de marzo de 2004. El texto habla de *medidas de excepción*. Ver la Resolución del Sub-secretariado de los Combustibles no. 27/2004, del 29 de marzo de 2004, "Programa de racionalización de las exportaciones de gas natural y de la utilización de las capacidades de transporte".

[79] La comercialización del gas y electricidad argentinos en los países vecinos puede alcanzar precios tres veces más elevados que en el mercado nacional. Esta diferencia se debe sobretodo a la devaluación de la moneda argentina y a la congelación de las tarifas de los servicios públicos a raíz de la Ley no. 25.561, del 6 de enero de 2002, llamada Ley de Emergencia, cuyo plazo de aplicación se extendió hasta el 31 de diciembre de 2004 por la ley 25.790 del 1ero de octubre de 2003. En febrero de 2004 las autoridades argentinas autorizaron un aumento en las tarifas de gas y electricidad para los clientes no residenciales (Res. Secretariado de la Energía no. 93/2004).

a) La integración física

La región del Cono Sur es un espacio fuertemente integrado desde el punto de vista energético, si se considera que más del 20% del consumo de electricidad y de gas natural implican un proceso de cooperación o intercambio transfronterizo.

La integración eléctrica se caracteriza por la explotación en común de las aguas de la cuenca de la Plata. Históricamente el acuerdo trilateral de 1941 entre Argentina, Brasil y Uruguay había abierto la posibilidad de una explotación común de los ríos. Pero es durante los años setenta cuando la integración se vuelve una realidad.[80] Mediante la firma de diferentes tratados bilaterales, los Estados logran la construcción de tres grandes centrales hidroeléctricas binacionales: Itaipu (Brasil y Paraguay), Yaceretá (Paraguay y Argentina) y Salto Grande (Argentina y Uruguay). Estas centrales son controladas por las empresas públicas de cada Estado y suman una potencia instalada de alrededor de 18.000 MW.[81]

El resto de la electricidad transnacional viene de centrales térmicas, y circula por interconexiones de alta tensión, cuya potencia total alcanza unos 4.000 MW. Existen dos interconexiones de alta tensión entre Argentina y Uruguay, dos entre Argentina y Brasil, una entre Argentina y Chile y una entre Brasil y Uruguay.[82]

La integración del gas natural es más reciente. El gas participa en los intercambio energéticos al aprovisionar las centrales termoeléctricas orientadas a la exportación, o al circular *in natura* por la malla de redes transfronterizas, que fueron construidas a partir de los años noventa.[83] Argentina alimenta a

---

[80] Sobre la emergencia de relaciones internacionales en material eléctrica ver Valls, M.F., 1977. *Derecho de la Energía*. Buenos Aires, Abelardo-Perrot, p. 179 a 184 y p. 217 a 220; Cano G.J., 1979. *Recursos naturales y Energía. Derecho, Política y Administración.* Buenos Aires, Fedye, p. 214; Cano, G.J., 1979. *Recursos hídricos internacionales de la Argentina.* Buenos Aires, Zavalia.

[81] Dos nuevas centrales están en proyecto: Garabí con 1.500 MW (Argentina y Brasil) y Corpus 3.4000 MW (Argentina y Paraguay).

[82] Ver el mapa de la las interconexiones eléctricas en América del Sur en el sitio www.cier.org.uy

[83] Ver Holanda, Fr.M. B., 2001. *O gás natural no Mercosul: uma perspectiva brasileira,* Brasília, FUNAG, 175 p.

Chile, Uruguay y Brasil respectivamente mediante siete, tres y un gasoductos. Bolivia alimenta a Brasil y a Argentina mediante dos gasoductos para cada uno de los países.[84] Los proyectos de expansión son numerosos, incluyendo uno que deberá unir a Bolivia, Argentina, Paraguay y Brasil, u otro que une ya a Buenos Aires y Montevideo y que posiblemente llegará a la ciudad brasilera de Porto Alegre.[85]

b) La integración por parte de los operadores económicos

La interdependencia energética regional puede examinarse bajo un segundo ángulo: el del desarrollo de grupos multinacionales que tienen por estrategia implantarse simultáneamente en diferentes países de la región. Se trata de grupos europeos o norteamericanos, con frecuencia integrados verticalmente. A partir del año 2003, hay que contar también con la presencia reforzada de un importante actor intrazona, la sociedad nacional brasilera Petrobras.

España es uno de los países mejor representados a nivel regional. La sociedad Endesa, que realiza la mitad de su volumen mundial de negocios en América Latina, tiene una gran presencia en Argentina, Chile, Perú, Colombia y Brasil. Esta empresa controla una parte significativa de los intercambios de electricidad entre Argentina, Brasil y Uruguay.[86] El grupo Iberdrola distribuye electricidad en los Estados del noreste brasileño y en Bolivia. El grupo Gas Natural distribuye gas en una parte de la ciudad de Buenos Aires, así como en el Estado de Río de Janeiro y en la parte sur del Estado de Sao Paulo.

Francia también hace presencia con EDF, que distribuye electricidad en las ciudades de Rio de janeiro, Buenos Aires y en la Provincia argentina de Mendoza. Por su parte GDF distribuye gas en la ciudad de Montevideo y en la región noreste de Argentina. La sociedad Suez-Tractebel está radicada como productor independiente de electricidad en la mayoría de países. TotalFinaElf

[84] Acuerdo de alcance parcial de promoción del comercio – Suministro de gas natural, del 17 de agosto de 1992.

[85] Para visualizar el mapa de los gasoductos de América del Sur, ver el sitio www.cier.org.uy

[86] Endesa gestiona las líneas de transmisión eléctrica entre los tres países y opera también en el negocio del *trading* transfronterizo, mediante sus filiales Compañía Energética del Mercosur y la Compañía de Interconexión Eléctrica.

produce gas en Bolivia y lo exporta hacia Argentina; esta sociedad participa mediante capital en las empresas administradoras las redes de transporte de gas natural en Argentina y Brasil.[87]

El Reino Unido tiene representación sobretodo en el sector del gas. Mediante su filial Pan American Energy, la sociedad British Petroleoum produce gas en Bolivia y Argentina y lo exporta hacia Montevideo, Santiago y el norte de Chile. Esta empresa también tiene capital invertido en uno de los gasoductos que unen a Argentina y Uruguay.[88] British Gas tiene relaciones con la española Repsol y la norteamericana Sempra Energy; en consorcio o de manera individual, estas empresas controlan una parte significativa de la distribución de gas en Chile y Argentina, así como el gasoducto Gasandes, que lleva gas argentino a la capital chilena, y uno de los gasoductos bolivianos que va a Argentina. Por otra parte, British Gas y Shell controlan el principal distribuidor de gas del Estado de Sao Paulo y tienen una participación accionaria en TGB *o Gasbol*, empresa que conduce el gas importado de Bolivia.

En cuanto a los grupos norteamericanos, Enron tiene acciones en el transporte de gas natural en Argentina, Bolivia, Brasil y Colombia. En Brasil, controla un distribuidor de electricidad que participa en el capital de siete distribuidores de gas, mediantes su filial Gasport. El grupo PSEG produce electricidad en Chile, Perú y Venezuela y distribuye electricidad en Chile, Brasil y Perú.[89] La sociedad AES realiza el 39% de su volumen de negocios en el Cono Sur; esta empresa produce electricidad en Argentina, Brasil y Chile, y distribuye electricidad en los dos primeros.

El único grupo intrazona que se ha afirmado a nivel regional es la sociedad brasileña Petrobras. En Brasil, esta compañía controla la producción y el

[87] En Argentina, el grupo tiene acciones de la empresa *Transportadora de gas del Norte-TGN,* que transporta el gas a través de la mitad norte del país; Brasil tiene el 9,66% de las acciones del gasoducto que lleva el gas de origen boliviano, la *Transportadora de Gas Boliviano* – TGB o Gasbol.

[88] Ese gasoducto, llamado Cruzero del Sur, une la región de Buenos Aires con la de Montevideo; existe un proyecto de extensión hasta la ciudad de Porto Alegre al sur de Brasil.

[89] Este grupo controlaba dos empresas de distribución de electricidad en Argentina hasta el 2003, año en el que salió de ese país.

transporte de gas natural y participa en el capital de la mayoría de compañías de distribución. En Bolivia, esta empresa está presente en la extracción y el transporte de gas hacia la frontera brasileña.

En 2003 Petrobras se instaló en Argentina al comprar los activos energéticos del grupo Perez Companc. Petrobras controla la empresa Transener, que administra la red nacional de transporte eléctrico de alta tensión. Junto con el grupo Endesa, esta empresa distribuye electricidad en la parte sur de la ciudad de Buenos Aires, y con Enron controla la red de transporte de gas natural en la mitad sur de Argentina – Transportadora de Gas del Sur (TGS). También participa en la extracción y tratamiento de gas en el norte de Argentina y en la provincia de Mendoza, el cual se exporta en parte hacia la región de Santiago, la capital chilena.

El despliegue regional de los operadores económicos y la existencia de una malla interconectada hacen del Cono Sur un espacio con un nivel de interdependencia significativo en materia energética. El impacto de la crisis energética argentina es una excelente ilustración.

2. El impacto regional de la crisis energética argentina

Argentina es un importante país exportador de gas natural y de electricidad en la región. Las medidas restrictivas que las autoridades nacionales introdujeron a partir del mes de marzo de 2004 tuvieron efectos en todo el conjunto de países vecinos. Mientras que Chile y Uruguay fueron afectados por la escasez, Bolivia, Brasil y Paraguay fueron solicitados como proveedores complementarios, al igual que Venezuela.[90]

[90] Venezuela no integra el espacio geográfico comúnmente designado como "Cono Sur". Sin embargo su solicitud de entrar como miembro asociado se acogió favorablemente. La asociación entrará en vigor en el momento en que su acuerdo de libre comercio con el Mercosur se registre a nivel de la ALADI (Asociación latinoamericana de Integración). (En el 2006 Venezuela se hizo miembro del Mercosur, N. del T) Mercosur también aceptó la solicitud de adhesión de México que se hará efectiva una vez su acuerdo de libre comercio se realice y sea registrado en la ALADI. El estatus de asociado ya lo comparten Chile, Bolivia y Perú (Ver el punto 13 del proceso verbal de la reunión no. XXVI del CMC, del 8 de julio de 2004, así como los puntos 35 a 37 del Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados miembros del Mercosur, de la misma fecha). (Desde 2004 también Ecuador y Colombia, N del T).

A falta de una aplicación de reglas uniformes a nivel del Mercosur, la gestión de la crisis concierne esencialmente al marco bilateral de cooperación (*a*), mientras que las implicaciones multilaterales son considerables (*b*).

a) El fundamento bilateral

Los tratados bilaterales se han realizado con un sentido favorable a la integración.[91] Los tratados prohíben toda discriminación respecto a la nacionalidad del operador, al imponer la regla del tratamiento nacional.[92] En cambio, los tratados establecen que los intercambios se realicen en función de los excedentes de cada país, lo que hace que surjan serias dificultades de interpretación.[93] ¿Qué es un excedente? ¿Un Estado puede definir unilateralmente lo que es un

[91] "Cada parte promoverá un régimen jurídico que permita a las personas física y jurídicas la libre comercialización, exportación, importación y transporte de gas natural entre la república Argentina y la República Oriental de Uruguay". (artículo primero del Acuerdo complementario del 20 de septiembre de 1996 al Acuerdo de aprovisionamiento de gas argentino para la República Oriental del Uruguay, 8 de julio de 1991).

[92] "Las Partes procederán de acuerdo con el principio de no discriminación respecto de los consumidores afectados, cualquiera que sea la ubicación geográfica de éstos, en los casos de fuerza mayor o caso fortuito que afecten temporalmente elementos de infraestructura que sean comunes a la exportación de Argentina hacia Chile o de Chile hacia Argentina y al consumo interno, debiéndose en todos los casos mantener la proporcionalidad existente en condiciones normales" (art. 7 del Protocolo no. 15 sobre las "Normas que regulan la interconexión gasífera y el suministro de gas natural entre la República Argentina y la República de Chile", del 7 de julio de 1995).

"No discriminar a los consumidores cualquiera que sea su ubicación geográfica, aún en los casos fortuitos o de fuerza mayor, que afecten temporalmente elementos de infraestructura que sean comunes a la explotación de gas natural entre ambos países y a su consumo interno debiéndose mantener siempre la proporcionalidad existente en condiciones normales". (art. 3, c, del Acuerdo complementario del 20 de septiembre de 1996 al Acuerdo de aprovisionamiento de gas argentino para la República Oriental del Uruguay, l 8 de julio de 1991).

[93] "Las Partes no pondrán restricciones a que los productores y otros disponentes de gas natural de la República Argentina y la República de Chile exporten gas natural al país vecino, sobre la base de sus reservas y sus disponibilidades, debidamente certificadas, que a tal fin comprometan los exportadores e importadores" (art. 2, del Protocolo no. 15 sobre las "Normas que regulan la interconexión gasífera y el suministro de gas natural entre la república Argentina y la República de Chile", del 7 de julio de 1995).

"Las Partes no pondrán restricciones a que los productores y otros disponentes de gas natural de la República de Argentina y la República Oriental de Uruguay exporten gas natural al país vecino, condicionado a su nivel de reservas y disponibilidades, de acuerdo a la legislación vigente" (art. 2 del Acuerdo complementario del 20 de septiembre de 1996 al Acuerdo de aprovisionamiento de gas argentino para la República Oriental del Uruguay, 8 de julio de 1991).

excedente? ¿O por el contrario es necesario que los dos Estados que hacen parte del acuerdo negocien previamente la aplicación de medidas restrictivas?[94]

Es claro que las autoridades de Buenos Aires actuaron unilateralmente, sin el consentimiento previo de sus homólogos extranjeros.[95] Al restringir las exportaciones, Argentina le dio prioridad al mercado interno a pesar de los usuarios de los países vecinos. En la práctica, los costos suplementarios de aprovisionamiento se transfirieron a los países importadores, quienes debieron recurrir a fuentes sustitutas más onerosas, como los derivados del petróleo o el carbón.

Para gestionar la crisis, las autoridades argentinas recurrieron sin embargo a procedimientos de consultas bilaterales, y con las autoridades chilenas constituyeron un comité bilateral *ad hoc* que permitió acompañar la eliminación de las medidas restrictivas al hacer converger las acciones gubernamentales de los dos lados de la cordillera andina. Incluso a pesar de ser un procedimiento *ex post* respecto a las medidas unilaterales iniciales, al menos permitió aliviar las tensiones diplomáticas entre los dos países, que se comprometieron a buscar soluciones de manera conjunta.

---

[94] "Las Partes se esforzarán en lograr la solución de las controversias mencionadas mediante negociación directa a través de la Secretaría de Energía de la República Argentina y de la Comisión Nacional de Energía de la República de Chile" (art. 11, a, del Protocolo no. 15 sobre las "Normas que regulan la interconexión gasífera y el suministro de gas natural entre la república Argentina y la República de Chile", del 7 de julio de 1995).

"Las partes, en las controversias que surjan sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo, se esforzarán por lograr su solución mediante negociaciones directas a través de las respectivas Cancillerías, con la participación de la Secretaría de Energía de la República Argentina y el Ministerio de Industria, Energía y Minería de la república Oriental del Uruguay" (art. 7, del Acuerdo complementario del 20 de septiembre de 1996, al Acuerdo de aprovisionamiento de gas argentino a la república Oriental del Uruguay, del 8 de julio de 1991).

[95] La prensa reporta el malestar que las medidas suscitaron en las autoridades chilenas y uruguayas. Para una síntesis de los artículos de prensa que se le dedicaron a este tema, ver Morales, G. "Discrepancias argentino-chilenas disparan contra Mercosud", en: *Agencia Latinoamericana de información (ALAI): América Latina en movimiento*, el 8 de abril de 2004: www.alainet.org/active/show_text.php3?key=5950 (consultado el 16 de julio de 2004). Ver también Scibona N., 2004, "*Las derivaciones del default energético*", *La Nación* (Argentina), del 11 de abril de 2004.

Es también en el marco de negociaciones bilaterales que Argentina recurrió a fuentes de suministro complementarias. Así, Argentina firmó un nuevo acuerdo con Bolivia para aumentar la importación de gas natural. También realizó un acuerdo con Venezuela para el aprovisionamiento de derivados del petróleo.[96] En fin, Argentina también recurrió a la importación de electricidad brasileña, en el marco de licitaciones internacionales realizadas por la Compañía Administradora Mayorista del Mercado Eléctrico (CAMMESA) –la compañía encargada de los servicios de licitaciones y equilibrio del mercado eléctrico argentino.[97]

b) Las implicaciones multilaterales

La crisis argentina afectó varios países de la región y es posible observar ciertos efectos de triangulación.

En el marco del Tratado de Cooperación Energética entre Uruguay y Paraguay,[98] las autoridades de los dos países previeron importar electricidad paraguaya para atenuar los efectos que la crisis argentina causó en Uruguay. Pero como los dos países no tienen frontera común, la operación no pudo concretizarse sino en régimen de libre tránsito, pasando por el territorio argentino. La operación dependía por lo tanto de un *by pass* de las autoridades argentinas.

Un segundo ejemplo se refiere al acuerdo que Argentina firmó con Bolivia para la importación de un volumen suplementario de gas natural.[99] Bolivia estableció en el acuerdo una cláusula bien particular: que el gas boliviano fuera consumido en territorio argentino a fin de no beneficiar a "terceros países", lo

[96] Convenio integral de cooperación entre la República Argentina y la República Bolivariana de Venezuela, firmado en Caracas el 6 de abril de 2004.

[97] Las licitaciones internacionales enfocadas a las empresas de energía de Brasil cubrieron el periodo de junio a noviembre de 2004: resolución de la Secretaría de Energía no. 434/2004, del 7 de mayo de 2004.

[98] "Acuerdo de alcance parcial para la promoción del comercio en materia energética", del 12 de abril de 1996.

[99] Firmado el 21 de abril de 2004 en Buenos Aires, el acuerdo prevé una explotación adicional de 4 millones de metros cúbicos de gas por día a partir del 3 de junio de 2004.

que implícitamente se refiere a Chile.[100] Sin embargo, tras la puesta en marcha del acuerdo, Argentina flexibilizó las cuotas de exportación hacia Chile.[101] El efecto de triangulación es evidente: gracias al volumen suplementario de gas natural boliviano que aprovisionó al mercado argentino, se liberaron nuevas cuotas de gas producido en Argentina para el merado chileno.

La crisis también revivió otros conflictos de intereses en la región. Por ejemplo, las autoridades paraguayas reprocharon a sus homólogas argentinas el haber retardado el programa de expansión de la planta hidroeléctrica nacional de Yacertá.[102] Se argumentó que este retraso podía perjudicar la economía de Paraguay, que depende fuertemente de la exportación de electricidad.

Se lanzaron proposiciones de acción multilateral, pero, por el momento, siguen siendo hipotéticas. Las autoridades uruguayas propusieron la creación de un "banco energético del Mercosur". Se trataría de un fondo *in natura*, que funcionaría a partir de una o varias fuentes energéticas de reserva. Los Estados miembros podrían recurrir a éste en caso de penuria y los precios se estabilizarían a nivel regional.[103] También se relanzó una idea más antigua, la de crear "PetroAmérica" o "Petrosur", una empresa multinacional controlada por los Estados suramericanos. Sostenida por Venezuela, esta idea habría sido objeto de discusiones durante la cumbre del los Presidentes argentino, boliviano y brasileño, reunidos en la Paz, en julio de 2004.[104]

El impacto regional de la crisis energética argentina y la interdependencia energética del Conos Sur ilustran la importancia de la integración de las

---

[100] Las relaciones diplomáticas entre Bolivia y Chile se suspendieron desde 1978, debido a un diferendo que data de la Guerra de 1879-1883, que le quitó a los bolivianos el acceso al mar.

[101] Ver la resolución del Secretariado de la energía no. 659/2004 del 17 de junio de 2004, "Programa complementario para el aprovisionamiento del mercado interno de gas natural".

[102] Artículo "urgen a Argentina respuesta sobre crisis de Yaceretá", *Diario ABC,* del 19 de abril de 2004, www.diarioabc.com.py

[103] Artículo "Debate Mercosur crear banco energético", en: www.mural.com/negocios/articulo/364557/, del 31 de marzo de 2004 (consultado el 19 de julio de 2004). Ver también "*Hacia el banco energético del Mercosud",* en http://www.mercosur.net/analisis/analisis_010704_04.htm#Hacia_el_banco_energético_del_Mercosur, del 1ero de julio de 2004 (consultado el 19 de julio de 2004).

[104] www.alternativaboliviana .org/modules.php?name=Sections&op=listarticles&secid=6 en referencia al tema de "Petroamérica"(consultado el 16 de julio de 2004).

infraestructuras en el continente suramericano, pero también la fragilidad del marco jurídico regional ¿Qué mejoras es razonable esperar?

B. Las mejoras que se esperan en materia de integración regional

La integración regional de los sectores de las comunicaciones, el transporte y de la energía, debería conocer a nuestro modo de ver, un desarrollo más efectivo durante los próximos años. Pero hay muchas dudas en cuanto a las condiciones de ese desarrollo. ¿Podrá el Mercosur desempeñar un rol más decisivo? ¿La integración de los sectores en cuestión continuará apoyándose en relaciones casi exclusivamente bilaterales? ¿Pueden prosperar otros mecanismos de cooperación?

Es poco probable concebir un Mercosur que suplante la malla de tratados bilaterales. Además, ese no es su propósito. Pero como lo demuestran las negociaciones actuales, se puede esperar del Mercosur la afirmación de un marco de convergencia mínimo, con reglas de liberalización por sector, una armonización progresiva de las reglamentaciones y el acercamiento entre las autoridades nacionales.

Es razonable contar con el fortalecimiento del Mercosur (**1**), pero no hay que ignorar la existencia ni el desarrollo de otros procesos de cooperación multilateral (**2**).

1. Fortalecer el Mercosur

A pesar de todas sus limitaciones, el Mercosur es un mecanismo de coordinación que ha evolucionado significativamente desde su creación. El Mercosur favorece un diálogo regular entre los Estados miembros y también con los Estados asociados. La adhesión de Perú y Venezuela como países asociados, así como la de México prueban la confianza que los países de la región le atribuyen al Mercosur.

El fortalecimiento del Mercosur pasa por mejoras de orden institucional (*a*) y material (*b*).

a) Las mejoras de orden institucional

Gracias a la implementación en agosto de 2004 del "Tribunal permanente de revisión del Mercosur", creado por el Protocolo de Olivos de 2002, el sistema de solución de diferendos se ha hecho más creíble. Ya puede consolidarse una jurisprudencia, lo cual no estaba garantizado en el marco del tribunal de arbitraje *ad hoc*. En una etapa posterior, sería importante considerar una nueva reforma que posibilite el acceso de los particulares a esta Corte, así sea únicamente en cuanto a la remisión de cuestiones prejudiciales.[105] Esto ayudaría a uniformizar la interpretación de las normas de origen *mercosudiano*, en cuanto a la aplicación en derecho interno que realizan los jueces nacionales.

En segundo lugar, hay que esperar la creación de un "Parlamento del Mercosur".[106] La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) preparó un "Ante proyecto de Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur".[107] El futuro parlamento deberá tener poderes de co-decisión, con el fin de atenuar el problema actual del déficit democrático del Mercosur. Por el momento, los órganos con poder de decisión representan exclusivamente al poder ejecutivo de cada país.[108]

En tercer lugar, habría que fortalecer el estatus del Tratado de Asunción y de sus protocolos complementarios, dentro de la jerarquía interna de normas. Ellos deberían tener en todos los países miembros un valor superior al de las leyes, como ocurre con la Constitución argentina[109] y la Constitución paragua-

---

[105] Debe señalarse que la Corte de Justicia de la Comunidad Andina (Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Venezuela) y la Corte de Justicia del mercado Común Centroamericano (Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua) están abiertas a diversas modalidades de recurso ante su tribunal, entre los que están las remisiones de cuestiones prejudiciales y los recursos directos de los particulares (ver Perotti, A.D., 2000. "Tribunales Supranacionales. La Corte Centroamericana de Justicia – Segunda Parte", Revista de Derecho del Mercosur, año 4, no. 1, febrero, p. 125-154).

[106] El Parlamento se creó legalmente en el 2005 y comenzó a operar en el 2007 (N. del T).

[107] Ver el punto 9 del resumen de la reunión ordinaria no. XXVI del CMC, que se realizó los 7 y 8 de julio de 2004.

[108] La Comunidad Andina ya tiene un Parlamento con poderes de co-decisión; dos Estados miembros – Ecuador y Venezuela – realizan la elección de los diputados andinos mediante el sufragio directo y universal. (Venezuela se retiró de la CAN en el 2006, N. del T.).

[109] Artículo 75, párrafos 22 y 24, de la Constitución argentina de 1853, reformada en 1994. Antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema había reconocido la primacía de los

ya.[110] En Brasil, la tesis de la supralegalidad fue refutada por los tribunales.[111] Sin embargo, la Constitución brasilera contiene un dispositivo que define la integración latinoamericana como uno de los objetivos del Estado brasileño.[112] Este dispositivo podría servir de fundamento teleológico a un eventual viraje de la jurisprudencia, si se tienen en cuenta recientes nombramientos de jueces de la Corte Suprema, realizados por el Presidente de la República, Lula, que es un gran partidario de la integración regional.

b) Las mejoras de orden material

A nivel "material", habría que esperar la trasposición en derecho interno de los acuerdos que ya se han realizado y la terminación de las negociaciones en curso.

Están en espera de transposición: El Protocolo de Colonia sobre la libre circulación de las inversiones (Dic. CMC 11/93), El Protocolo de Fortaleza sobre la defensa de la competencia (Dic. CMC 18/96) y el Protocolo de Montevideo sobre la liberalización de los servicios (Dic., CMC 13/97, 01/00 y 56/00). Están en negociación: el programa de apertura de los sectores de las telecomunicaciones, el transporte y la energía, así como las condiciones de armonización de las reglamentaciones sectoriales.

En materia energética, habría que esperar la eliminación progresiva de las restricciones cuantitativas al intercambio de la energía y el gas natural, así como el desarrollo de las conexiones transfronterizas. La importación y la

tratados sobre las leyes: CSJN, 7 de julio de 1992, *Ekmekdjian Miguel c/ Sofovich Gerardo y otros*, Selección 1992- C-547; CJSN, 7 de julio de 1993, *Fibraca,* Selección 1993-IV-471.

[110] Artículo 141, de la Constitución paraguaya de 1992.

[111] Supremo tribunal Federal (STF), *Açao Direita de Inconstitucionalidade* no. 1480 MC/DF, fallo del 4 de septiembre de 1997. La Corte reafirmó que las normas de derecho internacional se sitúan en el mismo rango jerárquico que las leyes ordinarias. Esta regla se aplica a las normas del Mercosur que, en la jurisprudencia de la Corte, no se diferencian de otros normas internacionales (Cf. STF, AGRCR-7613/AT Ag.Reg. em Carta rogatória n. 7.613-AT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 3.4.1997, DJ el 9.5.1997). Ver Ventura D. de Freitas Lima, 2003, *op. cit.*, p. 131-139 y 153-159.

[112] "La República Federal de Brasil busca la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina con miras a la formación de una colectividad latinoamericana de naciones" (art. 4 *in fine* de la Constitución de 1988).

exportación deberían realizarse mediante un sistema de licencias automáticas en cada Estado miembro. Los imperativos de orden "no económico", como la seguridad de la red y de las personas, deberían armonizarse. Las restricciones de orden "económico" no deberían tomarse de forma unilateral, sino que deberían depender de la autorización y control del GMC.[113]

Si bien el fortalecimiento del Mercosur es sin duda un elemento decisivo para la integración regional del continente suramericano, no es el único.

2. El surgimiento de otros mecanismos multilaterales

Más allá del Mercosur, hay otros mecanismos de cooperación multilateral que se están desarrollando. Es posible clasificarlos en función de los actores que están involucrados en ellos: la cooperación entre los operadores económicos sectoriales (*a*); la cooperación entre las autoridades sectoriales de regulación (*b)*; y la cooperación entre los Estados y los bancos regionales de desarrollo (*c)*.

a) La cooperación entre operadores económicos sectoriales

La cooperación multilateral entre operadores, se ejemplifica en especial mediante la "Comisión de Integración Energética regional- CIER". Creada en 1964 por los operadores históricos de cada Estado suramericano, esta entidad tiene hoy en día múltiples adherentes en los sectores eléctrico y del gas, en los diez Estados. Hay que añadir la representación de cinco Estados extra zona, que se benefician de un estatus de países asociados.[114] La CIER tiene su sede en Montevideo y dispone de dieciséis secciones nacionales, una en cada país suramericano. Su misión es promover el intercambio de informa-

[113] Las mercancías que se benefician por completo de la libre circulación pueden ser objeto de "cláusulas de salvaguarda" ligadas a razones económicas, pero deben ser autorizadas de manera explícita por las instancias del Mercosur (cf. el fallo arbitral no. III, del 10 de marzo de 2000, "Brasil c/Argentina" – asunto de los "productos textiles": las medidas de contingentes que Argentina había aplicado a la importación de productos textiles, fueron declaradas contrarias a las reglas de concertación multilateral previas, previstas en el Anexo IV "cláusulas de salvaguarda", del Tratado de Asunción).

[114] Francia (EDF), España (UNESA), Portugal (EDP), México (CFE) y Canadá (Transenergie Hqinc).

ción concerniente a la integración regional, gracias a estudios, informes, reuniones, coloquios, boletines de información y a su sitio de internet.

Otro ejemplo, que sigue siendo teórico, sería la creación de una empresa multinacional sudamericana, la "PetroAmérica" o "PetroSur". No se trataría de una fusión de empresas públicas nacionales, sino de una asociación entre ellas en torno a una filial común. Esta multinacional estaría formada por Bolivia, Brasil, Venezuela, y Argentina. Esta idea no es nueva, pero durante los últimos años ha sido relanzada con frecuencia por Venezuela.

b) La cooperación entre autoridades sectoriales de regulación

La cooperación entre autoridades sectoriales de regulación es bastante frecuente a nivel bilateral. En el ámbito energético, existen acuerdos entre la autoridad brasilera del gas y el petróleo, la ANP (Agência Nacional do Petróleo), la argentina ENERGAS (Ente Nacional Regulador del Gas) y las autoridades bolivianas del SIRESE (Sistema de Regulación Sectorial).

A nivel multilateral, debe citarse el ejemplo reciente de la "Asociación de reguladores Iberoamericanos de Energía – ARIAE". Creada en el 2000, esta asociación incluye a los reguladores de los sectores de diecisietes países latinoamericanos[115] y también de España y Portugal. Sin sede fija, la ARIAE tiene una presidencia que se rota cada semestre. Su propósito es favorecer el intercambio de experiencias entre los reguladores, con el fin de promover una aproximación de las prácticas reguladoras.[116]

No debe ignorarse que la cooperación entre las "autoridades de regulación" tiene que lidiar con el problema de la heterogeneidad de los adherentes. Brasil ha creado una docena de autoridades sectoriales, Argentina seis o siete, Uruguay dos y Paraguay solamente una.[117] En Argentina y

[115] Paraguay es uno de los pocos países sin representación, pues no ha creado una autoridad independiente para la energía.

[116] Ver el sitio de internet: www.ariae.org.

[117] Existen dos reguladores distintos para la electricidad y el gas en Argentina (El ENRE – *Ente Nacional Regulador de la electricidad* y el ENERGAS - *Ente Nacional Regulador del Gas*) y en Brasil (ANEEL –Agência Nacional de Energía Elétrica y ANP– Agência Nacional do Petróleo). Un solo regulador se encarga de los sectores de la electricidad y el gas en Uruguay (URSEA – *Unidad*

Brasil estas autoridades están dotadas de personalidad jurídica, mientras que en Uruguay y Paraguay se trata de órganos descentralizados a nivel ministerial. En Argentina y Brasil, sus competencias son bastante amplias: reglamentación de los aspectos técnicos, resolución de conflictos entre operadores y aprobación de las tarifas. Los recursos jurisdiccionales contra las decisiones de las autoridades argentinas se realizan directamente ante la Corte de Apelaciones, mientras que en Brasil pasan por un juez de primera instancia. Las autoridades brasileñas firman directamente los contratos de concesión y, en el ámbito energético, expiden incluso las autorizaciones de importación y exportación.[118]

c) La cooperación entre los Estados y los bancos regionales de desarrollo

Un último ejemplo de cooperación multilateral es el de la "Iniciativa para la Integración de la Infraestructuras Sudamericanas –IIRSA", que se creó en diciembre de 2000, tras la cumbre de diez jefes de Estado de América del Sur reunidos en Brasilia en septiembre de 2000. La IIRSA implementó un plan decenal para el desarrollo de proyectos de interés común, en los ámbitos del transporte y la energía. Se trata de un plan de acciones convergentes que los diez Estados desean llevar a cabo con la participación de la iniciativa privada y con el apoyo de tres bancos regionales de desarrollo.[119]

Sin embargo, el plan de acción enfrenta serias dificultades para su implementación, en particular en lo que se refiere a las restricciones a las que están sujetas las inversiones públicas. En efecto, esos países están sometidos a fuertes restricciones macro-económicas que resultan de sus compromisos

Reguladora de Servicios de Energía y Agua). No hay una autoridad independiente de regulación de la energía en Paraguay.

[118] La no. 10.848/04 del 15 de marzo de 2004 redujo las competencias de la autoridad brasilera de regulación de la electricidad, al transferirle al ministerio la competencia de firmar los contratos de concesión. Además, un proyecto de ley está en curso de examen en el Parlamento, para restringir las competencias de las otras autoridades sectoriales.

[119] El Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Corporación Andina de Fomento (CAF) y el FONPLATA (que agrupa a los cinco países bañados por la cuenca del Plata).

internacionales. Por ejemplo, Argentina y Brasil tienen obligaciones anuales de excedentes presupuestales con el FMI equivalentes al 3% y al 4.5 % de su PIB.

Si una tal ortodoxia presupuestaria apunta a garantizar el pago de obligaciones internacionales, tiene sin embargo como efecto perverso bloquear las inversiones internas, que son esenciales para el desarrollo económico. Los estados sudamericanos realizan hoy en día acciones de bloque para reivindicar la flexibilización de los criterios. El 31 de marzo de 2004, mediante una declaración conjunta, llamada "Acta de Lima", los diez Estados sudamericanos y México, expresaron esta reivindicación respecto a los criterios del Banco Interamericano de desarrollo – BID. Dos semanas antes, Argentina y Brasil habían también realizado las mismas reivindicaciones ante el FMI por intermedio del "Acta de Río" del 16 de marzo de 2004.

En breve, se trata de conciliar dos intereses aparentemente antagónicos: el interés regional, que se expresa en la necesidad de infraestructuras esenciales para el desarrollo, y el interés internacional, ilustrado por ejemplo por el pago de las deudas.

***

Mediante este estudio hemos querido esclarecer un tema poco tratado: la integración regional de los servicios públicos. El caso del Mercosur se nos muestra como muy distinto al de Europa. El bloque está dominado por la lógica *intergubernamental*, lo que necesariamente lo hace frágil desde el punto de vista institucional. Afortunadamente hay progresos en marcha, como la creación de una Corte permanente o el proyecto de creación de un parlamento del Mercosur.

En lo que se refiere a las políticas comunes, la asimilación de los sectores de transporte, comunicaciones y energía se encuentran todavía en vías de negociación al interior de la *comitología mercosuriana.* Sin embargo se han realizado acuerdos, que empero se refieren únicamente a asuntos menores. Los grandes temas relacionados con la liberalización regional y con la convergencia de las políticas sectoriales no han suscitado sino declaraciones de buenas intenciones y siguen un calendario de negociaciones.

En el sector energético, la cooperación entre los Estados de la región se realiza mediante una vasta malla de tratados bilaterales. No obstante, la crisis

energética argentina del 2004 –país que redujo unilateralmente su volumen de exportaciones– demuestra que los tratados bilaterales no son suficientes cuando los efectos de la integración se hacen sentir a escala regional. Mientras el Mercosur se fortalece, hay otros mecanismos de cooperación multilateral que se desarrollan en la región.

En fin, con el desarrollo de los flujos económicos y de la cooperación política entre los Estados, hay que esperar que los sectores de los transportes, las comunicaciones y la energía puedan también beneficiarse, en el futuro, de un estatus jurídico íntegro a nivel del Mercosur.

Enfoques pluridisciplinarios

La regulación y la teoría del derecho

Gérard Timsit*

Este estudio sobre la relación de la regulación con la teoría del derecho reposa sobre una constatación y una hipótesis.

La constatación es doble. La lectura de las obras, análisis y estudios sobre el tema de la regulación, que desde hace algunos años se ha multiplicado, muestra que hay dos posiciones frente a este tema y que son perfectamente antinómicas.

Según unos, nada es regulación. La regulación no existe. Ni siquiera puede existir –porque es inconcebible. Es inconcebible porque lo que ella implica, o aquello que entendemos normalmente bajo el nombre de regulación, es la contradicción perfecta, total y definitiva con aquello que puede admitirse o reconocerse a título de una actividad o una acción pública. Y esto por dos razones. La primera está en que se considera que una acción o una decisión pública sólo puede ser obligatoria e imperativa - o no ser. Sin embargo, las actividades de regulación son en su mayoría actividades públicas no obligatorias, no imperativas – de persuasión, recomendación, concertación, orientación… Se reconoce el viejo dilema sobre la distinción entre el derecho y el no-derecho: la regulación, actividad no imperativa, no pertenece al derecho. La regulación no puede tener estatus jurídico y, en consecuencia, tampoco teórico: es un no-concepto.

La segunda razón está en que se considera que una actividad pública solamente puede implicar un tratamiento igualitario, uniforme, indiferenciado respecto a los casos que le conciernen: tal es la esencia misma de la ley general e impersonal y de su aplicación realizada a través de la reglamentación, que es su concretización. Ahora bien, la regulación supone por el contrario un tratamiento diferenciado, individualizado, contextualizado – caso por caso, con el fin de que las soluciones aportadas a esos casos estén perfectamente adaptadas a las dimensiones y circunstancias que son las suyas. La regulación por lo tanto no puede ser reconocida como actividad pública: solamente puede analizarse

* Profesor emérito de la Univerisad de París I, Panteón-Sorbona.

como una serie de prácticas, más o menos oficiales, más o menos informales, que el teórico, preferentemente sociólogo o politólogo, tratará de estudiar para determinar su función, pero se guardará de reconocer su juridicidad...

Existe otra posición exactamente inversa, perfectamente antinómica, que consiste por el contrario en reconocer la regulación ¿Cómo podría además ser de otra manera, y cómo podríamos hoy en día negar su existencia? Pero al reconocer la existencia de la regulación, esta postura antinómica, afirma que todo es regulación… esta posición es inversa y simétrica respecto a la anterior. Al notar la posición que la regulación ocupa en la vida pública – y las funciones que le son propias: asegurar el funcionamiento equilibrado de la colectividad, esta posición desemboca en el recuento y categorización, bajo la misma denominación de regulación, de todas las técnicas que contribuyen a esta tarea. El ejemplo más espectacular de esta posición se puede encontrar en la obra de Bertrand du Marais[1] cuyo capítulo sobre la teoría de la regulación registra sucesivamente, a título de la noción, la regulación espontánea, o regulación por ausencia de intervención (la regulación causada por la reputación, por ejemplo…), la regulación **por** el mercado, o autorregulación, la regulación **con** el mercado, o corregulación, y la regulación **del** mercado, o regulación jerárquica.

En verdad, estas dos posiciones extremas –nada es regulación, todo es regulación– son controvertibles. La primera niega toda realidad: la regulación existe, todos nos la hemos topado; la segunda no tiene ninguna utilidad: para qué sirve reagrupar bajo una misma denominación objetos heterogéneos, si es solamente para describir las funciones comunes de forma tan vaga –la regulación sería así "una política pública bien particular" que se analizaría en cuanto "al control de los operadores de ciertos mercados por parte del poder público"–[2] que finalmente no se podrá obtener ninguna conclusión ni teórica ni práctica, ni se conseguiría determinar o definir la estructura de cada uno de los objetos que constituyen la categoría.

[1] Du Marais, B., 2004. *Droit public de la régulation économique.* París, Presses de Sciences Po y Dalloz, p. 484 s.

[2] *Ibid,* p. 482 s.

Hay que ir por lo tanto un paso más allá en el análisis.

La hipótesis en la que se basa este estudio establece que la teoría del derecho es una teoría de la normatividad y que la regulación es una de esas formas, una forma autónoma, de la normatividad: la regulación es la respuesta que tienen las sociedades contemporáneas al problema de la normatividad social – al problema de la forma en que se rige el funcionamiento de las colectividades sociales. Autónoma, la regulación tiene por lo tanto una especificidad que permite distinguirla de las otras formas de la normatividad; contemporánea, la regulación remplaza, sin por ello excluir las formas de normatividad anteriores, clásicas, que en el pasado garantizaron, y que aún hoy en día siguen garantizando el funcionamiento de nuestras sociedades. De esta hipótesis resulta que, si se quiere hacer aparecer la especificad jurídica de esta nueva forma de la normatividad social es necesario analizar la manera en que la regulación moderna, esta forma emergente de la normatividad (**II**), nació como un remedio a las crisis de la normatividad tradicional (**II**).

I. Las crisis de la normatividad tradicional

No se habla de crisis sino con relación a un modelo clásico en la medida en que éste se vea cuestionado por manifestaciones nuevas que no se inscribirían dentro de la lógica del modelo.

Las teorías de la normatividad más básicas y tradicionales están implícitas, pues nunca han sido objeto de una formulación sistemática ni explícita. Estas teorías remiten sin embargo a dos modelos fácilmente reconocibles que dividen el campo intelectual y estructuran el conjunto del debate, dos modelos perfectamente opuestos: El Mercado y el Estado. Y hay que preguntarse por la estructura y la función de ambos, para hacer aparecer sus respectivas relaciones con el fenómeno jurídico.

Estos dos modelos se oponen perfectamente en cuanto a su estructura, pero tienen en común rasgos sobre los que hay que insistir primero.

Hay dos rasgos que son comunes a estos modelos, más allá de las evidentes oposiciones que existen entre ellos, y sobre las que volveremos más adelante. Por una parte, desde el punto de vista de sus procesos de funcionamiento, está la racionalidad de su organización: la racionalidad burocrática

teorizada por Max Weber para el Estado, la racionalidad de la persona que toma decisiones y que está simbolizada por el *homo oeconomicus* y conceptualizada por la teoría de la economía competitiva del mercado. Por otra parte, desde el punto de vista de los resultados obtenidos por la organización, ambos modelos tienen en común la especie de satisfacción óptima a la que llegan las organizaciones en cuanto a las relaciones entre sus miembros –de la que da testimonio el lugar de la noción de interés general en la teoría del Estado, y la noción simétrica de equilibrio general en la teoría del mercado.

Más allá de estas homologías, surgen oposiciones irreductibles. Cuando se trata de garantizar, en ambos modelos, la coordinación de los componentes del conjunto que constituye la colectividad, funcionan dos tipos de normatividad para cada modelo. Una, es la normatividad espontánea: ésta resulta de los automatismos que tienen su origen en los precios del mercado (en mercados competitivos). Esta normatividad "pone en escena a un individuo que realiza una escogencia racional entre opciones sobre las que puede evaluar las consecuencias en lo que se refiere a su utilidad individual".[3] En este caso cada uno de los individuos miembros del grupo su vuelve socio de todos los demás y se "impone" a sí mismo cierto tipo de comportamiento que resulta de la apreciación racional que hace de los mecanismos que están en juego y de los efectos que ellos producen para cada uno de los que constituyen el grupo en virtud de su libre decisión. El segundo tipo de normatividad, la del Estado, remite por el contrario a una normatividad impuesta. En este caso se trata de "una sociedad en la que los miembros comparten representaciones colectivas y deben tomar en cuenta normas sociales y normas de conducta al momento de actuar".

Mientras que en el primer modelo, los fenómenos colectivos se aprehenden como "el resultado no intencional de la agregación de decisiones individuales",[4] en el segundo, la convergencia de los comportamientos se da por la existencia de reglas producidas por aquel que tiene la capacidad de decidir en la cumbre de la organización. La racionalidad y la excelencia del funcionamiento de la organización se garantizan, sin embargo, en ambos modelos. En

[3] Favereau, O., 2000. "La procéduralisation du droit et la théorie économique", en: Coppens, Ph., Lenoble, J., (dirs.). *Démocratie et procéduralisation*. Bruxelles, Bruylant, p.158.

[4] *Ibid.*

el primero, gracias a que la convergencia de los intereses individuales termina automáticamente por beneficiar al interés común; en el segundo, debido a que la salvaguarda impuesta del interés general garantiza de la mejor manera el interés de cada uno. De esto resultan estructuras de coordinación, comportamientos colectivos, entre sí muy diferentes: en un caso, el del Estado, hay una institución centralizada, piramidal y jerárquica del tipo *commmand and control* –la expresión canónica de esto se encuentra en la burocracia weberiana; en el otro caso, el del Mercado, existe un mecanismo totalmente descentralizado y automático, gracias al actuar de los individuos y a la libertad de ajuste de las situaciones que se les permite. Este mecanismo es característico del mercado liberal.

Allí hay dos versiones de la normatividad tradicional: dos versiones "ideales" de la realidad, dos versiones extremas. Extremas, primero, por la exogeneidad absoluta de los mecanismos que prevén: el mecanismo de los precios en el modelo del mercado; el mecanismo de las reglas en el modelo del Estado – dos mecanismos sobre los que los miembros de la colectividad no tienen control directo: en un caso porque el mecanismo se les impone a todos, el mecanismo de las reglas; en el otro, porque se le escapa a todos, el mecanismo de los precios. Esas dos versiones de la normatividad tradicional son igualmente extremas por la racionalidad total que le asignan a la normatividad y por el equilibrio óptimo que pretenden alcanzar en la satisfacción de los miembros de la colectividad. Al proceder por inversión de signos –reversión y oposición de sus caracteres estructurales–, estas dos versiones de la normatividad mantienen sin embargo de forma íntegra la función de optimización que constituye su razón de ser. Pero, al ser versiones idealistas de la realidad, ambas versiones son una representación inadecuada y falseada de la realidad, y las oposiciones sobre las que están construidas disimulan bastante mal la forma en que la normatividad burocrática –la del derecho: un derecho imperativo, general e impersonal– pretende remediar las fallas de la normatividad automática del mercado. En efecto, la racionalidad, la eficiencia y la optimalidad del sistema de coordinación de los componentes colectivos mediante los precios, sólo están garantizadas bajo ciertas condiciones: las de un mercado perfectamente competitivo en el que existe un equilibrio, una simetría y una simultaneidad perfectas en la información de los agentes: hipótesis que es claramente irrealista. Es a esta inadecuación respecto

a la realidad a la que le damos el nombre de crisis de la normatividad – crisis que pretende remediar la nueva normatividad.

II. El surgimiento de una nueva normatividad

La nueva normatividad social se manifiesta en adelante a través de fenómenos extremadamente diversos –a los que llamamos "la regulación"–: esencialmente tres tipos de fenómenos, que corresponden a tres tipos de crisis que afectan la normatividad tradicional. Una crisis se debe en lo esencial a las fallas del mercado, en la necesaria preservación del interés general que afecta principalmente el modelo competitivo de la normatividad espontánea. La segunda, se basa en la constatación generalizada de la incapacidad del poder público para decidir y actuar con eficiencia, dadas las deficiencias de la jerarquía para concebir e implementar políticas económicas y que afecta el modelo burocrático de la normatividad impuesta. La última, finalmente, resume y engloba las dos crisis anteriores y afecta a ambos modelos – el de la normatividad espontánea y el de la normatividad impuesta: esta crisis se analiza como un déficit de legitimidad.

A. El análisis de la regulación

Como forma de aliviar las deficiencias del mercado en cuanto a la preservación del interés general, el análisis de la regulación es probablemente a la vez el menos exigente desde el punto de vista conceptual y el más extendido, tanto a nivel nacional como europeo.

La regulación, que se ha hecho necesaria debido, en especial, a las disposiciones comunitarias referentes a la liberalización, especialmente, en los ámbitos de los servicios en red (transportes, energía, correos, comunicaciones electrónicas), presenta tres características principales.[5]

- Primero la regulación se origina en la voluntad de implementar un régimen de libertades y de competencia en ámbitos en los que no existía: el gesto

[5] Ver Bergougnoux, J., 2000. *Services publics en réseau: perspectives de concurrence et nouvelles régulations. C*omisariato general del plan, abril.

inaugural de la regulación se analiza en la sustitución que los mecanismos de competencia hacen de los modos tradicionales de dirección y organización de los mercados económicos, que antes dependían de instituciones o procedimientos burocráticos (como la política industrial, la planificación e incluso la nacionalización). Esta sustitución se hace en caso de que sea necesario mediante el recurso a procesos de "des-integración"[6] vertical de los servicios en red, lo que tiene por objeto separar las entidades encargadas de la gestión de las infraestructuras y de los servicios.

- Con el fin de prever los riesgos que surgen del libre juego de la competencia y que se han introducido en el sistema (concentraciones de tipo monopolístico, absorción de operadores pequeños por los más grandes…), la regulación se acompaña de la implementación de un sistema de supervisión destinado a impedir los abusos de posición dominante, a abrir espacio para los nuevos participantes del mercado, a garantizarle a los usuarios un derecho de acceso a las infraestructuras, etc. El sistema de regulación aparece por lo tanto como fundamentalmente destinado a conciliar imperativos contradictorios –mantener la competencia y al mismo tiempo preservar los servicios de interés público.
- El dispositivo de regulación así concebido se completa mediante la implementación de autoridades de control y mediante la aplicación de reglas. Con esto se le brinda a las partes en juego las garantías de neutralidad, imparcialidad y transparencia requeridas en el marco del mercado. La instauración de procedimientos cuasi-jurisdiccionales y la instalación de autoridades independientes (las célebres AAI) constituyen entonces la tercera característica de la regulación. Las autoridades independientes tienen a su cargo un doble objetivo: por una parte, proteger al mercado del Estado, a pesar de que el Estado siga siendo accionario del operador histórico, quien puede incluso mantener una posición dominante, y por otra parte, facilitar la armonización y la coordinación de las prácticas de los reguladores en los diferentes países.

[6] Stoffaës Ch., 2003. *Vers une régulation européenne des réseaux* (Informe del grupo de reflexión presidido por), julio.

Es este tipo de regulación, con las características que posee desde el punto de vista tanto institucional como normativo, ha sido sistematizado en lo esencial por Giandomenico Majone en su obra, *La Communauté européenne, un État régulateur.*[7] En esta obra Majone distingue al interior del Estado moderno tres tipos de función–función de redistribución (transferencia de recursos), de estabilización (mantenimiento del crecimiento, el empleo, la estabilidad) y de regulación. El autor hace de esta última una función que tiene el propósito de corregir las diferentes fallas del mercado, tales como: el poder de los monopolios, la viscosidad y la asimetría de la información o las insuficiencias en el suministro de bienes colectivos.

B. La concepción de regulación

Como forma de aliviar las deficiencias de la jerarquía, la concepción de regulación está bastante extendida –quizás un poco menos que la precedente, pero de todas formas muy aceptada– y prácticamente hoy en día se ha vuelto la vulgata que repiten o divulgan las obras y análisis recientes de ciencia administrativa en lo referente a la gestión y políticas públicas.

Esta concepción de la regulación, esencialmente basada en la constatación de la inadecuación a la realidad del viejo modelo estatocéntrico de análisis de la administración,[8] tiene una posición contraria a la de las tesis que se defendían anteriormente. La nueva concepción insiste en la autonomía de la administración, allí donde anteriormente se señalaba, según las ideas clásicas liberales-weberianas, su carácter de instrumento a disposición de la política lo que daría cuenta del auge de las autoridades administrativas independientes en el nuevo modelo "regulatorio". Esto también estaría a favor de la segmentación de la administración, mientras que anteriormente se hacía de la unidad de la administración una de sus características fundamentales (la administración como "organización burocrático-monocrática" en el vocabulario y modelo weberianos). La palabra misma de "políticas públicas", todavía con muchas

[7] Majone, G., 1996. *La Communauté auropéenne, un État régulateur*, Montchrestien, Col. Clefs.

[8] Timsit, G., 1986. *Théorie de l´administration*, Economica 1986.

connotaciones de estatistmo y voluntarismo, se ve confrontada con la noción de acción pública, entendida como el producto de interacciones sociales más o menos unificadas. Esta acción pública resulta de compromisos y ajustes negociados, en los que el Estado no ocupa más que un rol de coordinador y de regulador de conflictos; de conflictos que son el fruto de racionalidades divergentes, plurales y diversificadas, en contradicción con la vieja idea de racionalidad unitaria y absoluta de la administración.

En el fondo de la lógica de este tipo de análisis está la noción de "anarquía organizada" propuesta por Charles Lindblom – una "anarquía" en la que la regulación tendría por función introducir la parte de organización y el mínimo de unidad necesario para la gestión de una colectividad, la regulación como remedio a la crisis de la normatividad impuesta por el Estado. Segundo círculo.

C. La regulación: un paliativo

Ahora el último: la regulación como medio de aliviar un déficit de legitimidad. Sin embargo, antes de entrar en el último círculo –que es el de la teoría del derecho–, miremos hacia atrás.

En el primer círculo –la regulación como remedio de las fallas del mercado– ponía el acento en la función de arbitraje y de equilibrio proporcionada por las autoridades de regulación, para no apegarse a reglas fijas e inmutables con el fin de estar en capacidad de conciliar imperativos contradictorios: la competencia y el interés público, la preservación de la libertad de cada persona y la salvaguarda del interés general. La regulación, muy bien definida desde esa perspectiva como el conjunto de reglas destinadas a regir los "sectores que no pueden engendrar los equilibrios por sí mismos" (M.A. Frison-Roche), supone por lo tanto en esos sectores la mutabilidad de la normatividad social –que no es sin embargo equivalente a la inseguridad jurídica.[9] En el segundo círculo –la regulación como remedio para las deficiencias de la jerarquía–, por el contrario ponía el acento en la necesidad de adaptar la normatividad a los casos que debían solucionarse – lo cual implica ajustes, negociaciones, la exacta apreciación de

[9] *Cf.* sobre este problema, los análisis propuestos en los dos estudios mencionados de Favereau, O. y Coppen, Ph., Lenoble, J. (dirs).

las situaciones concretas: una singularidad en la aplicación de la normatividad social, en ruptura con la uniformidad de la normatividad clásica. En el último círculo, el que estudiaremos ahora, el acento se coloca en la necesidad de hacer de la normatividad la expresión más adecuada de las aspiraciones de aquellos cuya actividad debe regirse por la normatividad. Recordemos, en efecto, una de las características de la normatividad tradicional, ya sea de la normatividad espontánea o de la normatividad impuesta. Al funcionar sobre la base de mecanismos de precios libremente determinados por el juego de la oferta y la demanda, o sobre reglas adoptadas y decretadas por los poderes públicos, esta normatividad funciona, en todos los casos, gracias a mecanismos exógenos sobre los que aquellos que están sometidos no tienen una conexión directa. Es precisamente en este punto en el que con la regulación se produce un nuevo cambio radical de las características de la normatividad: la regulación aparece como una normatividad endógena –una auto o endo-normatividad– que no se puede reducir a la autorregulación. Esta última es sin embargo su núcleo y designa "la elaboración y el respeto por los mismos agentes de reglas que ellos han formulado (bajo la forma por ejemplo de códigos de buena conducta o buenas prácticas), normas que ellos mismos aseguran que se apliquen". Allí encontramos la descentralización, la no jerarquización que reivindican los reguladores y que permiten fundar y anclar la legitimidad de las reglas de funcionamiento mediante diversas técnicas que tienen el propósito en particular de garantizar la transparencia, la previsibilidad, la imparcialidad de su acción –lo que les permite obtener, aquello que se reconoce como legitimidad: el reconocimiento de sus pares (los otros reguladores europeos) y de los actores del sistema. De esta manera podemos comprender mejor no sólo por qué la regulación está asociada al mayor poder que han adquirido las asociaciones de la sociedad civil, sino también su creciente rol en la elaboración de las normas. Igualmente, la insistencia que se le pone a la autorregulación nos muestra el déficit de legitimidad de la normatividad tradicional. Pero también se descubre con ello la lógica de tal evolución. Vivíamos –y ciertamente todavía lo hacemos– en democracias representativas, democracias que hoy en día ya están un poco mezcladas con un modelo de democracia más participativa. Podemos preguntarnos sin embargo si, con este fenómeno de la autorregulación –si llegara

a desarrollarse y ampliarse–, no estaríamos a punto de entrar en una nueva era (¿nosotros? Al menos ciertos países, en los que las evoluciones podrían presagiar otro tipo de evolución): la de las democracias de un tercer tipo: la era de las democracias dialógicas – democracias que, por el diálogo constante con la sociedad civil, las asociaciones, las agrupaciones de ciudadanos, buscarían darse una legitimidad distinta a la de los modos tradicionales de representación y participación.[10] Podemos ver las mutaciones constitucionales que con ello se perfilarían.[11]

Sin duda no hemos llegado allí. Pero hay que ser conscientes de las evoluciones que se inician y de las formas que éstas disimulan. Sin duda esta nueva normatividad – cuyos rasgos hemos tratado de definir: mutabilidad (por oposición a la firmeza y rigidez de la normatividad tradicional, pero ¿qué ocurre entonces con el principio de seguridad jurídica?),[12] singularidad (por oposición a la uniformidad, pero ¿hasta donde habrá que llevar la transformación del principio de igualdad?),[13] la endogeneidad (por oposición a la exogeneidad… pero ¿en nuestras democracias cuál es el lugar de esos nuevos modos de expresión de los miembros de la colectividad?)–,[14] sin duda esta normatividad nueva proporciona los medios y la oportunidad para una modernización de los modos de gestión de nuestras sociedades. Pero también podría ocurrir, si no nos cuidamos de ello, que tal normatividad produjera evoluciones que se perfilan y se adivinan desde

[10] Sobre este concepto de dialogismo, tomado de la crítica literaria, y los análisis que permite sistematizar en el campo del derecho y de las instituciones políticas relativas al diálogo con la sociedad civil, las asociaciones, etc. ver: Timsit G., 1986. *Thèmes et systèmes de droit,* PUF, col. Les voies du droit. El concepto fue reutilizado en: Callon, M., Lascombes, P., Barthe, Y, 2001. *Agir dans une monde incertain. Essai sur la démocratie technique*. Seuil, y hace poco fue adaptado (¿y adoptado?) bajo el nombre, bastante habermasiano, de "capacidad normativa del espacio público" por Rousseau, D., 2004. "Les démocraties continues", *Le Monde*, 21 de mayo.

[11] Podríamos en este sentido referirnos al artículo 46 del antiguo proyecto de Tratado constitucional europeo de junio-julio de 2003 que, bajo el título : ""Démocratie représentative" habla de "diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil".

[12] Para un análisis del principio de seguridad jurídica bajo su forma más tradicional, ver Consejo de Estado, 1992, *Rapport public*, 1991, no. 43, La documentation française, p. 15-48.

[13] Para una reflexión sobre este tema, Consejo de Estado, *Rapport public* 1996, p. 13 y siguientes, y los comentarios en *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*.

[14] ¿El concepto de desobediencia civil no sería quizás la cara oculta del concepto de sociedad civil? ¿Y cómo, en esas condiciones, es posible tratar con uno sin necesariamente admitir el otro?

ahora – evoluciones que para algunos, ciertamente, pueden ser deseables, y que, para otros, son requeridas por las exigencias de las crisis con las que hay lidiar. Pero son también evoluciones que esas crisis nos imponen, y que quizás no hubiéramos deseado en la forma en que vienen y con los excesos con que, a veces, esas mismas evoluciones pueden a su vez verse afectadas.

Los nuevos análisis económicos de la regulación de los mercados

Jean-Michel Glachant*

El análisis económico de la regulación de los mercados ha sufrido una transformación tal durante las tres últimas décadas que puede que muchos hayan perdido el hilo de los cambios que se han dado en su análisis ¡Qué se tranquilicen! Muchos economistas no saben todavía que el nuevo "Estado regulador", identificado ya por la ciencia política como el modelo contemporáneo de la Unión Europea, ya no es ni el antiguo Estado benefactor del periodo del *Welfare State,* ni el Estado de las políticas anti-Estado de la era Thatcher-Reagan. La más reciente referencia del análisis económico de la regulación es la de un Estado prometeico. Un Estado tan intrépido como Prometeo, porque trata de reconstruir la regulación de las fallas tradicionales del mercado, ¡mediante la invención de nuevas arquitecturas competitivas para los mercados!

El análisis económico de las intervenciones públicas reguladoras experimenta en la actualidad un cambio fundamental. Después de haber pensado que las políticas públicas eran la respuesta a la que todos daban la bienvenida para solucionar las fallas del mercado (*Welfare State)*, y luego que la política pública podía ser la causa primera de las principales fallas de las economías del mercado (*Public Choice),* el análisis económico de la regulación se sitúa hoy en día en un lugar intermedio entre la microcirugía fina de las intervenciones caso por caso y la profunda inversión pública en la ingeniería genética de los cambios competitivos (*Market Design* y *Regulatory Design*).

I. Las dos tradiciones del análisis económico de la regulación en el siglo XX: "fallas del mercado y *Welfare State*" vs "*Public Choice* y fallas del Estado"

Es bien sabido que en el curso del siglo XX una corriente de análisis "intervencionista" se hizo dominante en las ciencias económicas. Esta corriente todavía se simboliza hoy en día mediante dos expresiones corrientes: "Estado de bienes-

* Profesor de ciencias económicas en la Universidad de París XI, París Sur Orsay.

tar" (*Welfare State*) y "Estado keynesiano". Grandes economistas comprendieron, al haber notado desde el siglo XIX y después en el siglo XX insuficiencias importantes en el funcionamiento del mercado, que el análisis de este fenómeno debía realizarse a partir de una remodelación de la teoría económica. Es así como nació la teoría económica de las fallas de los mercados (*Market failures*) que hacía un llamado a intervenciones públicas correctoras.

Sin embargo, varias décadas más tarde, se hizo evidente que este primer análisis económico estaba incompleto y que era unilateral, ya que postulaba que las autoridades públicas existentes, sean las que fueren, sabrían necesariamente aportar los mejores remedios para las fallas reales de los mercados. En un plano puramente teórico, faltaba entonces agregarle al análisis de las fallas del mercado una teoría correspondiente al funcionamiento "normal" de las autoridades públicas. En particular, faltaba precisar qué robustos mecanismos racionales llevarían obligatoriamente a las autoridades públicas a seleccionar la política de corrección de los mercados más eficaz económicamente, sin tener en cuenta pérdidas o ganancias políticas asociadas a esta política económica ideal de los economistas. Para los economistas más realistas, los que se preocupan sobretodo por el análisis económico aplicado, era la conducción efectiva de las políticas públicas reales la que debía confrontarse al comportamiento real de los mercados. Faltaba entonces precisar en qué circunstancias las burocracias públicas, al no tener ninguna experiencia ni interés directos en las transacciones del mercado, podían ser capaces de definir e implementar soluciones mejores que las concebidas por los agentes económicos.

La contra-revolución del *Public Choice* no solamente sirvió entonces como apoyo intelectual para la renovación de las políticas liberales. Al empujar hacia el núcleo económico los procesos mediante los cuales las intervenciones públicas son seleccionadas por las autoridades públicas y luego ejecutadas por las burocracias públicas, la teoría del *Public Choice* abrió la vía a un reexamen más lúcido de las políticas públicas y a una renovación del análisis económico de estas políticas. Lógicamente, es inconcebible que los gobiernos y legisladores de los países democráticos puedan definir las intervenciones públicas sin darle una prioridad eminente a sus efectos políticos. Las instituciones políticas, y en particular el sistema electoral, aportarían por lo tanto un criterio teórico para

la selección de las políticas públicas de intervención, criterio que le faltaba a la doctrina económica del Estado del *Welfare State.* Según la teoría del *Public Choice*, las decisiones públicas deberían en general favorecer las políticas de redistribución cercanas a las preferencias del elector medio, sin importar sus consecuencias en términos de eficiencia económica. Debido a este mecanismo sesgado de decisión, en realidad serían pocas las políticas públicas económicas eficientes que podrían llevarse a cabo, incluso en caso de claras fallas del mercado. Por otra parte, las burocracias públicas encontrarían dificultades recurrentes en la conducción a largo plazo de políticas de intervención pública así definidas. A causa de la asimetría de atención, competencia e interés entre los electores ordinarios (incluido el elector medio) y las partes directamente afectadas por una intervención pública, los grupos de interés particulares estarían en posición de "capturar" a corto o largo plazo la mayoría de las políticas públicas de intervención (*Regulatory Capture)*. En otra versión de la misma corriente de análisis, el gobierno y los legisladores serían además más sensibles política y electoralmente respecto a los grupos de interés pequeños, muy activos y decididos a interferir, que respecto a un rebaño de electores medios poco atentos y poco movilizados.

En fin, incluso si esos obstáculos de naturaleza política pudieran superarse, ¿dónde encontrarían las burocracias públicas las competencias para conducir las políticas públicas de intervención profunda o prolongada en los mercados? Uno de los aportes teóricos de la "nueva economía pública" (en particular J.J. Laffont y J. Tirole) más apreciados por los economistas es haber mostrado que la autoridad pública no debe necesariamente tratar de sustituir a los agentes privados para dirigir sus transacciones. Al tener información y competencia limitadas, las autoridades públicas deberían restringir su intervención a una remodelación de los incentivos que gobiernan las conductas de los agentes económicos. Se trataría entonces no tanto de "hacer realizar al sector público" todo aquello que no es perfecto en el orden espontáneo de los mercados sino, mediante la implementación de nuevos incentivos, "hacer realizar a las partes en juego" aquello que es socialmente útil, dejándoles al mismo tiempo en contrapartida una parte del suplemento de riqueza social así creada. Esto es la "regulación incitativa".

Tales incertidumbres podrían acompañar tanto políticas de regreso al "Laisser-Faire" como una renovación crítica de las herramientas de la intervención pública. La experiencia británica de privatización y de liberalización lo ilustra bastante bien. Después de una primera ola de privatizaciones de industrias "ordinarias", como el acero de la British Steel, los gobiernos de Madame Thatcher llevaron sus objetivos de privatización y liberalización al corazón de la industria pública: las *Utilities* (en español: los servicios públicos). La idea básica era claramente colocar al mercado en el núcleo de los mecanismos de gobierno de esas industrias. Es por ello que esta política se resumía mediante un doble título: *privatisation & liberalisation.* La regulación pública debía por lo tanto hacerse muy ligera; tanto más ligera cuanto que hacía poco se había inventado un nuevo mecanismo de control de los monopolios: el *Price Cap.* En el marco de esta política de un "límite para los precios" fijada por varios años (que de hecho era un "límite a las ganancias"), el regulador se remitía al operador regulado para informarse de la veracidad de la demanda y de los costos, a cambio de un reparto "incitativo" de la renta que el operador podía obtener de tal manera. En la práctica, se vio que crear mercados fuertemente competitivos a partir de los antiguos monopolios públicos era un proceso largo y difícil, así como lograr comportamientos pro-competitivos por parte de esos operadores, una vez privatizados. De igual manera, en materia de regulación de partes del monopolio (se trata en general de los equipos de las redes de infraestructura) la extracción de información por parte del regulador a partir del comportamiento de las firmas reguladas no fue más fácil que la determinación de la "justa" repartición de los excedentes entre los operadores y los consumidores. Stephen Littlechild, inventor de la formula británica de la "regulación incitativa ligera" para el campo de las telecomunicaciones y primer regulador del sector de la electricidad, se vio inmiscuido en una guerra de trincheras de una decena de años con todo o una parte del sector eléctrico, sucesivamente o simultáneamente, con los proveedores (de combustible), los productores, los encargados de la transmisión y los distribuidores. Él finalmente llevó a cabo una política de regulación vigorosa y muy activa que desembocó en una refundación casi completa de la reforma gubernamental inicial. Además, esta política sólo fue exitosa después de profundas restructuraciones industriales verticales (*Unbundling*) u horizontales

(descapitalizaciones) y de remodelaciones institucionales al interior de la esfera pública (en particular, la asignación de poderes de decisión al regulador sectorial y a la autoridad de la competencia).

En el nuevo lenguaje económico de la regulación, la experiencia británica de S. Littlechild, junto con la experiencia californiana realizada en ausencia de un marco fuerte de regulación, le enseñó una importante lección a los economistas. La realización de reformas de "desreglamentación" no consiste en "dejar-actuar" de un momento a otro a las fuerzas del mercado, sino, por el contrario, en construir a largo plazo una nueva "arquitectura del mercado" (*Market Design)* y nuevas instituciones de regulación (*Regulatory Design)* que sean lo suficientemente robustas para resistir los choques violentos de los intereses privados agudizados por la conquista de nuevas ganancias. William Hogan, el economista de Harvard que inspiró el modelo de referencia de las reformas eléctricas post-californianas, concluyó que no se podía dejar a las fuerzas del mercado la concepción del *design* de las reformas competitivas.

II. La ingeniería de las reformas competitivas: *Market Design* y *Regulatory Design*

El análisis económico de la regulación se ha convertido en una de las ramas del análisis económico de las instituciones, pues conduce a remodelar dos instituciones centrales de las economías de mercado: los mercados (*Market Design*) y las autoridades públicas (*Regulatory Design*). Este análisis divide el estudio de las políticas de desreglamentación en cinco pedazos que pueden separarse o combinarse entre sí, tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista de aplicación.

- Si las industrias objeto de reformas son principalmente fuentes de ingresos captados por monopolios al abrigo de leyes previas, puede realizarse fácilmente una política de desmonopolización simple: "abrir el mercado" completamente, y regular racionalmente allí donde esto no es suficiente.
- Si las industrias en cuestión se han insensibilizado a las fuerzas del mercado gracias a estructuras industriales muy protectoras (verticales, horizontales o espaciales), se puede considerar entonces la realización de operaciones de

cirugía industrial de "desvinculación", ya sea antes o después del comienzo de las reformas (políticas de "restructuración" y de *unbundling*).

- Si las industrias se han vuelto impermeables a los efectos de los mercados debido a una mala disposición institucional inicial de los derechos de los agentes económicos, hay que crear ante todo las bases institucionales de un mercado refundando esos derechos (su definición, su asignación y su protección –por ejemplo la definición de los derechos de acceso de terceros a las redes, la definición de los derechos de propiedad sobre las frecuencias de onda de las telecomunicaciones, la definición de los derechos financieros sobre los ingresos del uso de las líneas de transmisión de electricidad, etc.).
- Si las industrias de servicios en red son poco sensibles a las fuerzas del mercado debido a la naturaleza de sus transacciones ("a la Williamson": especificidad de los activos e incertidumbre, o "a la Barzel": dificultades de medición), hay que pensar en la creación de una institución de gobierno adecuada (de tipo bilateral, o multilateral, o trilateral con "Tercera Parte") y/o una acción sobre la naturaleza de las transacciones.
- Si son los ambientes institucionales existentes los que hacen poco operativos el funcionamiento del mercado y la intervención de terceros, entonces la cirugía de las reformas tiene ante sí una agenda más amplia: incluso su cirujano deberá ser operado, ¡mediante un injerto o una amputación! Es por ejemplo el caso de la nueva política de "refundación de los marcos legales y de las instituciones de gobierno" del Banco Mundial.

III. Las bases teóricas de la ingeniería institucional de las reformas

Durante unas cuatro décadas a partir de los años 30, unos pocos economistas (que más tarde serían llamados "institucionalistas") cuestionaron de forma repetida ya fuera las conclusiones o las premisas del racionamiento económico estándar en materia de intervención pública y de reglamentación de las industrias reglamentadas de los servicios en red. Para esos "institucionalistas", las reglas del juego que intervienen, o que deberían intervenir, en el funcionamiento normal de las industrias de servicios en red "reglamentadas" son mucho más variadas que la sola reglamentación racional de los precios. Y

esas reglas son con frecuencia de una naturaleza económica diferente a la del mecanismo de precios.

El más celebre de esos nuevos institucionalistas, Ronald Coase (Premio Nobel en 1991), había puesto en duda desde 1937 que los precios llegaran gratuitamente a los agentes económicos y había formulado la hipótesis que decía que los precios se producían a sí mismos por el funcionamiento costoso del mercado. Además, esos precios de mercado no podían jugar un rol central en la coordinación de los comportamientos económicos al interior de las empresas en las que reinaba sobretodo la autoridad (*fiat*), lo que era un modo de coordinación alternativo al de los precios. Cuando, diez años más tarde, los más distinguidos economistas de Gran Bretaña recomendaron la nacionalización por parte del Estado de todos los monopolios y de numerosos oligopolios, al afirmar que estos podían fácilmente ser gestionados mediante una tarificación marginal, se comprende que Ronald Coase expresara públicamente su desacuerdo. En palabras que más tarde se hicieron suyas, se puede decir que Coase no creía que fuera posible recrear mediante el cálculo económico (*blackboard economics)* un sistema de precios óptimos que permitiera gestionar esas empresas con eficiencia sin necesidad de recurrir a a los mercados reales.

Una década más tarde, Coase adicionó una nueva familia de herramientas analíticas a su acción de deconstrucción-reconstrucción de la economía de la reglamentación. El decía que no es por la naturaleza pública de las ondas de radio que surgen dificultades para gestionarlas mediante un mercado banalizado de medios de producción, sino porque la reglamentación pública de éstas no ha intentado crear los derechos de propiedad necesarios para el funcionamiento normal de un mercado banalizado. Según los otros economistas, si las instituciones públicas debían intervenir en la industria para corregir las fallas del mercado, ellas serían de hecho las causantes institucionales de las fallas del sistema de derechos de propiedad necesario a los mercados. En otro enfoque, bastante próximo de hecho, Coase cuestionaba otro pilar de la microeconomía del bienestar a la Pigou-Samuelson. Ciertamente, la existencia de externalidades negativas de producción o de consumo induce fallas en el sistema de precios del mercado; aquí también a causa de insuficiencias en el sistema de derechos de propiedad. Pero para Coase, esto no implica necesariamente que la intervención

pública sea necesariamente superior al comercio privado para gestionar esas externalidades. En particular, ¿Cómo puede el poder público, en ausencia de negociación cerrada entre agentes económicos, comparar el valor económico real de las ganancias y pérdidas con el valor económico probable de sus diferentes remedios alternativos (indemnización, compra, protección unilateral, modificación de las tecnologías, etc.)?

Esta impugnación del marco institucional tradicional de la reglamentación conoció una nueva cumbre en 1968, siguiendo el ejemplo de Coase, con la propuesta de Harold Demsetz de suprimir las agencias de reglamentación de las industrias de servicios de red para remplazarlas por un mecanismo competitivo de atribución de licencias de explotación. La lógica del razonamiento es bastante simple. La mejor alternativa a la competencia que se da *en* el mercado es la competencia que se da *por* el mercado. Si el problema central de las industrias de servicios en red es su tarificación, ¿por qué dejar que sea una burocracia pública la que determine las tarifas de una forma torpe o sospechosa, cuando existe un buen procedimiento de subastas competitivas al "mejor postor" para llegar a ello? Unos años más tarde, el juez estadounidense Posner encontraría en ellas un medio universal de desreglamentación para todas las industrias de servicios en red.

Es entonces, a mediados de los años 70, que se da una segunda ola de análisis económico institucional. Cabe mencionar a Victor Goldberg y a Oliver Williamson que completarían y a la vez limitarían la primera ola de impugnación institucional. En primer lugar, dicen ellos, las dimensiones críticas de los servicios prestados por las industrias de servicios en red pueden ir más allá de la sola determinación de los precios e incluir la definición de las características útiles del producto, tales como la calidad del servicio, la localización del servicio, su gama de precios según horario, días y temporadas, la amplitud de su gama de opciones o su grado de individualización, la reactividad ante los riesgos de lo imprevisto, etc. En tal caso, la determinación competitiva de un precio *ex ante* no suprime la necesidad de una contractualización compleja *ex ante* y de un control apropiado *ex post*. En numerosas industrias, es efectivamente una mezcla de competencia (entre productores) y de presión (por parte de los consumidores) la que enmarca la realización de las transacciones.

Por otra parte, Goldberg y Williamson, se preguntan ¿cómo en las industrias de servicios en red la implementación de una concurrencia puntual, reducida a una subasta *ex ante* sobre los precios, podría remplazar *ex post* la competencia entre productores y la presión de los consumidores? ¿Podrían estos consumidores en realidad, paralelamente al mecanismo de subastas competitivas sobre el precio futuro, contractualizar *ex ante* con el productor las características del servició que esperan y después controlar y hacer respetar *ex post* los compromisos contractuales del servicio? Puede ser que algunos consumidores muy grandes tengan a la vez medios de contractualización *ex ante*, y estructuras de control y de reacción *ex post*. Pero es más realista pensar que, para la mayoría de consumidores domésticos o pequeños profesionales, tal estructura bilateral para el manejo de sus transacciones con las industrias de servicios en red tiene pocas probabilidades de surgir espontáneamente en el libre juego del mercado. En este caso, la lógica económica del gobierno de las transacciones conduciría más a una estructura de tipo multilateral, en donde grandes grupos de consumidores estarían representados por sus "agentes de contractualización". Esto lleva a la creación de agencias de contractualización colectiva para los servicios prestados por las industrias de servicios en red. La construcción de un mecanismo competitivo *ex ante* no suprime entonces la utilidad de una estructura de regulación *ex post* allí donde la contractualización del servicio es compleja y donde la garantía de acceder al servicio (*right to be served*) supone un verdadero poder de sanción *ex post*.

Finalmente, Douglas North (Premio Nobel de 1993) desarrolló una nueva rama de análisis institucional con hipótesis sobre los contextos institucionales, del todo diferente a las teorías del universo poskeynesiano. En el universo poskeynesiano (por ejemplo el de Paul Samuelson), las instituciones generales de la sociedad pueden ser olvidadas por el análisis económico, pues se postula que una sociedad abierta y democrática necesariamente ha desarrollado instituciones convenientes (es decir suficientemente convenientes, o sea cuasi perfectas). En el universo de North, por el contrario, hay que tener mucho más en cuenta lo que las instituciones son. Por una parte, la creación y la evolución de las instituciones proceden de un proceso complejo de interacciones que dura décadas. Y, por otra parte, no hay ninguna posibilidad real de

recrear un bloque completo de instituciones perfectas a partir de instituciones ya existentes en nuestro mundo imperfecto y semi-ciego. Sin embargo, esto no quiere decir que todas las instituciones públicas existentes hayan realizado el juramento del *public choice* de destruir la eficiencia económica de los mercados. El estudio de las interacciones reales entre los entornos institucionales reales y las "instituciones de la economía" de Oliver Williamson (1985: *Firms, Markets, Relational Contracting*) se ha vuelto por lo tanto una de las claves de la renovación del análisis económico contemporáneo de la regulación. Dos desarrollos nos permitirán precisarlo un poco más. Se trata en primer lugar de la refundación institucional de las industrias coaccionadas por la disposición inicial de sus derechos, y después, de la adaptación de las estructuras de gobierno a la naturaleza de las transacciones.

IV. Refundar las industrias coaccionadas por la disposición inicial de sus derechos

Esta parte del análisis institucional no apunta a liberar un mercado oprimido por la monopolización de las estructuras y las ganancias, sino a crear los fundamentos previos a la aparición de cualquier mercado en un ambiente hasta entonces desfavorable. En este caso la insuficiencia del mercado es en primer lugar endógena. La política debe por lo tanto orientarse hacia el *market design* y no solamente hacia la "desmonopolización". A falta de una definición, una asignación y una protección adecuadas de los derechos de los agentes, éstos no pudieron comprometerse en relaciones de mercado. Este razonamiento es corriente hoy en día para las frecuencias de onda de radio y televisión, incluso para la venta por medio de subastas de las licencias de explotación de las frecuencias, incluyendo las frecuencias de los nuevos servicios de telefonía, como las licencias UMTS. Ese no era el caso en 1959 cuando Coase discutió el rol de la FCC como regulador de las comunicaciones. Hoy en día, en las telecomunicaciones, en el internet, en la economía virtual, entre más se desarrolla la innovación de procedimientos y de servicios, resulta más esencial la creación de derechos "apropiados" para el desarrollo de nuevos mercados. Para la asignación de segmentos del mercado aeroportuario y ferroviario la proposición de extender los derechos de propiedad todavía se discute, pero está lejos de

ser banalizada. Todavía no se realiza la subasta "descendente" de las licencias de explotación de los monopolios de infraestructuras; ni siquiera Gran Bretaña la ha experimentado pues este procedimiento disminuiría el precio de venta de la concesión de explotación. Pero este procedimiento de asignación se ha vuelto común para la asignación de licencias de prestación exclusiva de servicios, como el caso de la explotación de las cafeterías escolares o el servicio de buses escolares. Para la polución que producen los combustibles fósiles, se avanza en toda la Unión Europea hacia mercados de permisos de emisión. Para las externalidades de las redes eléctricas, hoy es posible calcular cada cinco minutos el valor económico de los efectos externos y de congestión para cada uno de los miles de nudos de una red, en superficies tan grandes como las de Francia, y ligar ese valor a subastas "ordinarias" de un mercado al por mayor de *commodities* (PJM: Pensilvania, Nueva Jersey, Maryland; MidWest ISO y pronto Texas). Una protección de los operadores contra los precios aleatorios del sector eléctrico "nodal" puede ser proporcionada por un mercado paralelo de derecho financiero sobre las rentas del exceso de volúmenes que se dan en el transporte de la electricidad (*Financial Transmission Rights)*.

Todos estos casos reales de reforma de las industrias de servicios en red le añaden a los mecanismos de la economía estándar los mecanismos de la economía institucional. Cuando hay industrias que se han vuelto impermeables a los efectos del mercado por el acuerdo inicial de sus derechos, los fundamentos institucionales del mercado se pueden crear nuevamente mediante "derechos de propiedad" adecuados (lo que incluye su definición, asignación y protección). En su discurso con ocasión del Premio Nobel, Coase llamó a esos fundamentos de los mercados las *estructuras institucionales de la producción.* Y hay que reconocer que hoy en día tanto la ingeniería de los mecanismos para fomentar la competencia como la arquitectura de los mercados organizados se han vuelto disciplinas indispensables para la conducción de reformas competitivas (piénsese en el *design* de las subastas para la asignación de las frecuencias herziannas o para la asignación de capacidades de transporte de gas, o en el *design* de los mercados mayoristas de electricidad). Sin embargo, aunque la línea Coase-Demsetz haya logrado revaluar al alza la capacidad de los acuerdos privados y de los mecanismos competitivos concebidos "sobre medida" para superar las

fallas de los mercados, el gobierno del mercado no se ha vuelto una solución universal para la desreglamentación de las industrias de servicios en red.

V. Adaptar las estructuras de gobernanza a la naturaleza de las transacciones

La gobernanza del mercado no es una solución universal independiente de la naturaleza de las transacciones que se realicen. La implementación de un mecanismo competitivo que se realice antes de una transacción (*ex ante)* no produce siempre los efectos esperados al momento de la ejecución de esa transacción (por lo tanto *ex post*). Hay industrias de servicios en red que pueden permanecer relativamente impermeables al gobierno "puro" del mercado a causa de la naturaleza de sus transacciones (naturaleza "Williamson": especificidad de los activos e incertidumbre; naturaleza "Barzel": dificultades en cuanto a la medición). Para simplificar, la dificultad del mercado para enmarcar suficientemente bien ciertas transacciones viene de que éstas demandan una gobernanza de tipo cooperativo. Los agentes deben cooperar para llevar a buen término sus transacciones, ya sea a través de la definición o la normalización de las propiedades útiles que se esperan, de la creación de estructuras *ad hoc* de información y de medida ligadas a esquemas de incentivos apropiados, de la asignación de poderes puntuales de decisión operacional, de la concepción de compromisos y de garantías creíbles, de la resolución de litigios e incluso de la adaptación futura de sus comportamientos o de sus acuerdos respecto a eventos significativamente perturbadores (adaptación coordinada o renegociación).

Esas disposiciones de gobierno corporativo no hacen parte de los mecanismos estándar del mercado, aunque no sean incompatibles con ciertos mecanismos competitivos. Desde los trabajos pioneros de Victor Goldberg y de Oliver Williamson en 1975-76, que habían identificado el rol necesario de una gobernanza especializada *ex post* para lograr la implementación de "transacciones complejas o específicas", se comprendió que la variedad de estructuras de gobernanza adaptadas a esas transacciones especiales es de hecho muy amplia: gobernanza bilateral, multilateral, o trilateral (con terceros, públicos o privados).

La gobernanza apropiada más "simple" es lógicamente, una estructura bilateral en donde el comprador y el vendedor cogestionan la definición y la ejecución de sus transacciones (por ejemplo el propietario de un conjunto de vagones de transporte de una mercancía específica y la compañía ferroviaria, o un parque privado de generadores de viento eólicos ligado por contrato a un monopolio de electricidad integrado, o la red interna de comunicaciones de una gran empresa y su proveedor de servicios de telecomunicaciones, etc.). Esta forma simple supone sin embargo que el comprador y el vendedor realicen una inversión consecuente en recursos y en competencias en la estructura bilateral de gobernanza. Por lo tanto es necesario que el volumen de las transacciones a realizar así como el valor esperado de la buena "alineación" de esas transacciones justifiquen *ex ante* una tal inversión. Para simplificar, se trata entonces de "grandes clientes", para quienes esas transacciones son lo suficientemente importantes como para justificar los costos de una estructura bilateral.

Eso ocurre rara vez en el caso de "pequeños" compradores, incluso aquellos que han estructurado toda su vida profesional o todos sus bienes en torno a una intensa "comunidad de prácticas" (*cf.* la economía digital, la economía virtual). Tales comunidades, por definición, son estructuras colectivas, es decir multilaterales. Las estructuras multilaterales no conciernen únicamente a pequeños consumidores que están personalmente implicados en el seguimiento de sus transacciones. Muchas estructuras de gobernanza multilateral son concebidas y animadas por medios o asociaciones profesionales, bajo la forma de "clubes de usuarios", de "comités de normalización", o de "paneles". Varios mercados mayoristas "autorregulados" (los célebres SRO estadounidenses: *self regulated organizations*) funcionan bajo la égida de tales comités. Es ésto lo que les permite combinar de una forma "híbrida" la potencia incitativa de los mecanismos competitivos con un dispositivo cooperativo de adaptación colectiva, para el manejo de las estructuras de información y la supervisión de los comportamientos, para seguir la evolución de las reglas y de los procedimientos del mercado competitivo, etc. En esas estructuras multilaterales, en principio, los roles de los múltiples participantes son simétricos. Es una "delegación de autoridad", expresa y reversible, que le atribuye poderes especiales de decisión o de evaluación a tal o cual de sus miembros, o a un subgrupo de ellos. En caso

de desacuerdos importantes entre los miembros, o entre una sub parte especializada y otros miembros, el poder de decisión puede recaer en una asamblea de miembros a la que se le había delegado la autoridad. La estructura de gobernanza del primer mercado mayorista inglés de electricidad (el *Electricity Pool*) funcionaba según este modelo; la del administrador de la red de transmisión de electricidad de Texas todavía funciona así.

Dos últimas formas de estructura multilateral juegan un rol creciente en las industrias de los servicios en red. Por una parte, algunos profesionales pueden formar entre ellos un club privado que practique la cooperación al interior y la competencia colectiva al exterior. Es de esta manera que las compañías aéreas se agrupan en "alianzas", que operan sistemas de reserva comunes, que explotan las externalidades positivas y las economías de escala y de envergadura en sus franjas horarias, en sus vuelos, en sus *hubs* y vendiendo así prestaciones combinadas. Por otra parte, ciertos clubes privados pueden crecer hasta absorber el estándar del mercado, o incluso el estándar del mercado mundial, dándole así al operador que produce los procedimientos colectivos de interconexión y de interoperabilidad una competencia y un poder de decisión realmente asimétricos frente a la multitud de los otros miembros de la estructura. Es el caso, bien conocido, de Microsoft que de hecho se convirtió en el reglamentador privado de una red mundial. Es en efecto Microsoft quien valida la definición y controla la evolución de las normas operativas que permiten la interconexión y la interoperabilidad que a su vez apoya la producción continua de externalidades positivas entre decenas de miles de operadores innovadores y centenas de millones de consumidores finales. Se ha de notar sin embargo, que también en este caso se trata de una estructura multilateral, en la medida en que los operadores, los innovadores y las "comunidades de prácticas" siguen siendo coproductores de nuevos módulos y de nuevas externalidades para las que el reglamentador privado Microsoft reconstruya sin cesar nuevas arquitecturas de normas de acceso a la red existente.

Esta última forma de captura asimétrica de la autoridad por un "líder", al interior de una estructura multilateral, nos lleva a las fronteras del modelo de gobernanza trilateral. La base del modelo trilateral es la delegación permanente que se le hace a una tercera parte del poder de evaluación o de decisión

sobre una clase definida de datos o eventos. Es, para simplificar, el modelo del experto. Dos grandes diferencias distinguen, en principio, el rol del experto en las estructuras trilaterales de gobernanza del papel del líder asimétrico en las estructuras multilaterales. Por una parte, en las estructuras trilaterales, el experto es escogido por quienes participan en la transacción para operar dentro de una categoría limitada de acciones: allí donde al menos una categoría de participantes no se siente capaz de una evaluación pertinente o de una decisión apropiada, pero tampoco quiere abandonar a los otros participantes todo el poder de maniobra. El rol del experto se superpone por lo tanto a los roles de los participantes que lo convocan, pero el experto no tiene poderes asimétricos respecto a los participantes. Por otra parte, aunque el experto participe de manera efectiva de la cuasi-renta económica entre participantes al contribuir a una buena "alineación" de sus transacciones, no tiene acceso directo a los mecanismos de repartición de esta cuasi-renta y, en particular, él no puede apropiarse de esta cuasi-renta. En ninguno de esos puntos, el experto trilateral se parece por lo tanto al "Microsoft" de la estructura multilateral asimétrica. Sin embargo, no existen aún fronteras bien definidas entre las estructuras multilaterales y las estructuras trilaterales de gobernanza. Numerosas estructuras multilaterales pueden recurrir frecuente o exclusivamente a expertos para toda clase de evaluaciones o de decisiones, puesto que el recurso a expertos puede simplificar el funcionamiento de las estructuras multilaterales y hacerlas más eficaces.

Finalmente, las formas más conocidas de gobernanza trilateral en las industrias de servicios en red son aquellas en las que la Tercera Parte experta no es designada por quienes participan en las transacciones sino unilateralmente por los poderes públicos. El caso más conocido es el del regulador sectorial que interviene *ex ante* para fijar reglamentos de operación de las industrias de servicios en red y que interviene *ex post* para tratar los conflictos entre las empresas y los usuarios. Este regulador se encuentra por lo tanto en una posición muy asimétrica respecto a quienes participan en las transacciones, puesto que es a la vez "legislador y juez". Es por ello que con frecuencia puede verse cuestionado ante los tribunales, ordinarios o especializados. Una relación trilateral más asimétrica hace intervenir "reguladores *ex post*" (en Suecia y Finlandia, por ejemplo). Estos no tienen la misión de remplazar a los participantes

(*stakeholders)* para construir *ex ante* los mejores marcos para la operación de las transacciones, pero pueden intervenir *ex post* a solicitud de alguna de las partes, o (caso más raro) por su propia iniciativa. Estos reguladores pueden también influenciar la autonomía de decisión de las partes contratantes al anunciar con anterioridad los principios de su decisión *ex post.*

Una modalidad diferente de estructura trilateral "pública" de gobernanza es la de las "agentes delegados" para la explotación de infraestructuras (los *System Operators* de los Estados Unidos, a veces también en Europa). Estos agentes delegados reciben de hecho o en derecho una delegación de autoridad pública, y están encargados de elaborar reglas de acceso a las redes y reglas de funcionamiento de los servicios básicos complementarios de las redes (lo que incluye los mercados de reserva y transmisión para los sistemas eléctricos o de gas). Esta Tercera Parte designada en su condición de experta, es también la operadora de la red, y es también por lo tanto la empresa la que produce y vende los servicios de red a los usuarios. Ella es así "juez y parte" al mismo tiempo. Esta estructura de gobernanza sigue siendo trilateral porque el regulador sectorial conserva la función de árbitro de los conflictos no solucionados por el *System Operator* así como el poder de aprobación sobre sus reglas de operación. Por otro lado, la delegación de poderes de regulación a expertos diferentes al regulador sectorial se practica en Gran Bretaña para tratar los conflictos entre los pequeños consumidores y los operadores de las industrias de servicios en red (*cf.* comité de los Consumidores de la OFGAS y de la OFGEM, Energywatch, etc.). Otro caso raro es el del gas y la electricidad en Alemania donde, de 1998 a 2004, el gobierno había delegado a una conferencia nacional de *stakeholders* (es decir una estructura multilateral) poderes *ex ante* de definición de las reglas de las industrias de servicios en red, paralelamente a la intervención *ex post* de la Autoridad de competencia (por demanda o iniciativa propia), todo esto en completa ausencia regulador sectorial.

A medida que se amplia la apertura real de los mercados de servicios finales en las antiguas industrias de servicios en red, los roles respectivos de las Terceras Partes, pública y privada, pueden evolucionar mucho. Una Tercera Parte pública no puede continuar indefinidamente produciendo un servicio de intermediación adaptado, evolutivo y diferenciado, entre los consumidores de los

servicios y los productores de todos esos nuevos servicios variados, dado que, por naturaleza, las entidades públicas no están equipadas para adaptaciones rápidas y diferenciadas. Las autoridades deben, en efecto, respetar todas las restricciones formales de neutralidad, de prudencia y de *due process* que se le imponen a la acción de las instituciones públicas, y que los tribunales situados por encima de ellas, como "jueces de última instancia", no dejaran de recordarles. El horizonte de la desreglamentación es por lo tanto, en gran parte, un proceso en el que la reglamentación privada, la gobernanza privada y la intermediación privada ganan fuerza. Llegados a cierto grado de madurez, los servicios de "Terceras Partes" en una gobernanza trilateral, que enmarcan un mercado intermediario o final, pueden ser vendidos en un mercado de servicios de intermediación separado o ligado al servicio final (*rebundling*). Al término de esta evolución, estos servicios podrán ser servicios de intermediación "como los otros", como aquellos que constituyen desde hace siglos las bases "transaccionales" de las profesiones de intermediación, de negociación y de comercio, de mayorista y de minorista. Esto ya es una realidad en la intermediación de las telecomunicaciones e internet (proveedor de acceso=*Access or service provider*), del gas (fletador = *shipper*) o de la electricidad (proveedor de acceso "mayorista" = responsable de nivelación = *aggregator*, proveedor de acceso "minorista" = proveedor = *supplier*). Una alternativa a esta banalización comercial de los servicios de intermediación es, lo hemos visto, la constitución de clubes privados de intermediación, que funcionan de hecho como "cooperativas" de "producción-consumo", estrategias probablemente reservadas a los grandes actores.

Las entidades públicas pueden acelerar esta "privatización" de los servicios de intermediación al disminuir los activos utilizados por las industrias de servicios en red, como es el caso de las políticas públicas que favorecen la interconexión y la interoperabilidad de los equipos y de los servicios en red. Todo el mundo conoce el éxito de la norma GSM en la telefonía celular europea o, por el contrario, la desesperante incompatibilidad de las normas de suministro eléctrico para las vías férreas europeas. Es menos sabido que el Tratado de Maastricht que creó la Unión Europea tenía un capítulo entero dedicado a la política europea de las *Grandes redes transeuropeas* de comunicación, transporte y energía. Es cierto que esta política murió antes de nacer al quedar subordinada a dos

derechos de veto de los Estados miembros: uno derecho de veto general sobre el presupuesto global de esta nueva política europea y un derecho de veto específico sobre cada proyecto con impacto sobre el país propio.

***

En conclusión, el análisis económico institucional de la regulación de los mercados le da la espalda a las políticas de "dejar actuar a las fuerzas del mercado", y señala dos dimensiones críticas en la producción de políticas eficaces de regulación y desregulación. Se trata de las dimensiones del *Market Design*, que concibe los nuevos mecanismos de mercados, y la dimensión del *Regulatory Design,* que concibe los nuevos mecanismos de regulación que les corresponden. Este análisis, muestra también, a veces involuntariamente, de donde vienen las dificultades para llevar a cabo políticas "perfectas" o "casi perfectas" –en el sentido económico– de regulación o de desregulación. Para llegar a la perfección ideal de los economistas estándar, habría que poder remodelar en un mismo proceso de rediseño institucional todos los puntos críticos de los regímenes de regulación, los arquitectos de la regulación y las herramientas de la regulación. Pero, en un Estado de derecho, la estructuración de las industrias, de los grupos de interés, y de sus "derechos de propiedad" respectivos ya está dado *ex ante.* Esta estructuración difícilmente puede ser modificada en su totalidad, incluso con el propósito de lograr una eficiencia económica general, como si nadie tuviera derechos. Como, además, la arquitectura institucional de las decisiones públicas está ella misma fijada *ex ante*, con una parte importante de la arquitectura institucional que efectuará *ex post* la regulación, hay por lo tanto más puntos fijos *a priori* en el proceso de reforma que variables libres para ajustar. Bajo la influencia de las condiciones iniciales, el resultado del proceso de regulación–desregulación sigue siendo todavía en su mayoría endógeno. D. North, al igual que numerosos economistas especializados en el análisis de las evoluciones, llama a este proceso la "dependencia a un sendero institucional" (*Institutional Path Dependancy*).

Referencias

Barzel, Y., 1982. "Measurement Cost and the Organization of Markets", *Journal of Law and Economics*, 25, p. 27-48.

Boucher, J. Smeers, Y., 2002. "Towards a Common European Electricity Market, Paths in the Right Direction. Still far from an Effective Design", *Journal of Network Industries*, 3(4), p. 375-424.

Boucher, J. Smeers, Y. 2003. "The European Regulation on Cross Border Trade: can one do without a standard market design?", Université Catholique de Louvain, Belgique.

Brousseau, E., Glachant, J.M. (eds.), 2002. *The Economics of Contracts: Theories and Applications.* Cambridge University Press.

Chabeaud, D., Parthenay, C., Pérez, Y., 2004. "North versus Williamson? Oppositions et complémentarités dans la Nouvelle Économie Institutionnelle", Working Papers du Groupe Résaux Jean Monnet, no. 14, (www.GRJM.net).

Chao, H.P., Huntington, H.G. (eds.), 1998. *Designing Competitive Electricity Markets*, Kluwer.

Coase, R., 1988. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago University Press.

Coase, R., 2002. "The new institutional economics", in Brousseau, E., Glachant, J.M., Cambridge University Press.

Codognet, M.K., 2004. "The shipper as the architect of contractual relations in access to natural gas networks", Working Papers du Groupe Réseaux Jean Monnet, no. 15, (www.GRJM.net).

Crocker, K., Masten, S., 1996. "Regulation and administered contracts revisited", *Journal of Regulatory Economics*, 9, p. 5-39.

Dang N´Guyen, G. Pénard, T., 2002. "Interconnection agreements: strategic behavior and property rights", en: Brousseau, E. Glachant, J.M. (eds.), Cambridge University Press, cap. 21.

Demsetz, H., 1967. "Toward a theory of property rights", *American Economic Review*, 57, p. 347-359.

Demsetz, H., 1968. "Why regulate utilities?", *Journal of Law & Economics*, 11, p. 55-66.

Domah, P., Pollitt, M.G., Stern, J., 2002. "Modeling the Costs of Electricity Regulation", *Conference of the International Society for New Institutional Economics at the MIT*, Cambridge, Massachusetts, (USA), 27-29 septiembre.

Finon, D., 1997. "La concurrence dans les industries électriques: l´efficacité au prix de la complexité transactionnelle et réglementaire?". *Économies et Sociétés, Économie de l'Énergie*, no. 7, p. 13-46.

Finon, D., 2003. "Introducing Competition in the French Electricity Supply Industry: institutional destabilization of the integrated organizational model", en: Glachant, J.M., Finon, D. (eds.), *Competition in European Electricity Markets: A Cross-Country Comparison*, Edward Elgar, cap. 11.

Glachant, J.M., 1996. La théorie économique de l´entrerprise publique. Des prix de marché à l'organisation hors marché, Presses de la Sorbonne.

Glachant, J.M., 1997 "After two decades of privatization and deregulation, what remains of public interest obligations for industry in the 21st century?". *Annals of Public & Cooperative Economics*, 68 (3), p. 423-434.

Glachant, J.M.,1998. "Le Pool d´électricité en Grande-Bretagne: un arrangement institutionnel hybride", *revue d´économie politique*, no. 1, p. 87-107.

Glachant, J.M.,2000. "Les pays d´Europe peuvent-ils reproduire la réforme électrique de l'Anglaterre? Une analyse institutionnelle comparative", *Économie et Prévisions*, no. 4, p.157-168.

Glachant, J.M.,2000. *Les réformes de l´industrie électrique en Europe,* Commissariat général du Plan, junio.

Glachant, J.M.,2002. "L´approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux", *Revue économique*, 53 (3), p. 425-436.

Glachant, J.M., 2002. "Construction européenne, entreprises publiques et industries de réseaux", en: Torre, D. (dir.). *Construction européenne*. Bélgica, De Boeck.

Glachant, J.M., 2003. "The Making of Competitive Electricity Markets in Europe: No Single Way and No ´Single Market", en: Glachant, J.M., Finon, D. (eds.), *Competition in European Electricity Markets: A Cross Country Comparison*, Edward Elgar, cap. 1.

Glachant, J.M., 2003. "Quatre designs de réforme électrique: Grande-Bretagne, Californie, Scandinavie et Allemagne", *Économies et Sociétés,* no. 2-3, p. 231-255.

Glachant, J.M., 2005. "Le risque de dérèglement des réformes électriques", en: Frison-Roche, A.M. (dir.) *Droit et Économie de la régulation,* Ed. Dalloz, vol. 3.

Glachant, J.M., 2005. "Regulation and Deregulation", en: Glachant, J.M. (dir.). *New Institutional Economics: a reader*. Cambridge University Press.

Glachant, J.M., Finon, D., 2003. *Competition in European Electricity Markets: A Cross Country Comparison*, Edward Elgar.

Glachant, J.M., Dubois U., Perez, Y., 2004. "Deregulating with no regulator. Is Germany electricity transmission regime institutionally correct?" Working Papers du Groupe Réseaux Jean Monnet, no. 2, (www.GRIM.net).

Goldberg, V., 1976. "Regulations and administered contracts", *Bell J. of Economics*, 7, p. 426-452.

Goldberg, V., 1976. "Toward an expanded economic theory of contract", *Journal of Economic Issues*, X, p. 45-61.

Greffe, X., 1978. *Économie publique*. Economica.

Guasch, J.L., Spiller, P., 1999. Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues and the Latin American and Caribbean Story. The World Bank.

Haggard, S., 2001. "Interests, Institutions and Policy Reform" en: Krueger, A.O. (ed.). *Economic Policy Reform: The Second Stage*. University of Chicago Press, p. 21-57.

Hogan, W.W., 2002. "Electricity Market Restructuring: Reforms of Reforms". *Journal of Regulatory Economics*, 21, 103-132.

Holburn, G., Spiller, P., 2002. "Institutional or structural: lessons from international electricity sector reforms", en: Brousseau, E., Glachant, J.M. (eds.). Cambridge University Press, cap. 25.

Joskow, P., 1989. "Regulatory Failure, Regulatory Reform and Structural Change in the Electrical Power Industry", *Brookings Papers: Microeconomics 1989*, p.125-208.

Joskow, P., 1996. "Introducing competition into regulated network industries", *Industrial & Corporate Change*, 5, p. 341-382.

Joskow, P., 2002. "Electricity sector restructuring and competition: a transaction-cost perspective", en: Brousseau, E., Glachant, J.M. (eds.), Cambridge University Press., cap. 26.

Joskow, P., Schmalense, R., 1983. Markets for Power. An Analysis of Electrical Utility Deregulation, MIT Press.

Keynes, J.M., 1972 (1926). *The End of Laisser-Faire.* Collected Writings, MacMillan, Vol. IX.

Laffont, J.J., Tirole, J., 2001. *Competition in Telecommunications*. MIT Press.

Levy, B., Spiller, P. (eds), 1996. *Regulation, Institutions and Commitment.* Cambidge University Press.

Libecap. G., 2002. "A transaction cost approach to the analysis of property rights", en: Brousseau, E., Glachant, J.M. (eds.). Cambridge University Press, cap. 9.

Majone, G., 1996. La Communauté européenne: Un État régulateur, Montchrestien.

Ménard C., 2000. *Institutions, Contracts and Organizations.* Edwarg Elgar.

Ménard, C., 1997. "Le pilotage des formes organisationnelles hybrides", *Revue économique,* 42, p. 741-750.

Newbery, D., 2000*. Privatisation, restructuring, and Regulation of Network Utilities*. MIT Press.

Noam, E., 2001. *Interconnecting the Network of Networks*. MIT Press.

North, D.C., 1991. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.

North, D.C., 1992. "Privatization, Incentives and Economic Performance", en: *Privatization.* Symposium in Honor of Herbert Giersch, Institut für Weltwirtschaft and der Universität Kiel, J.C.B. Mohr Verlag, Tübingen, Alemania, p. 3-17.

Perez, Y., 2002. *L´analyse néo-institutionnelle des réformes électriques.* Tesis en ciencias económicas de la Universidad de París I, diciembre.

Perez, Y., 2004. "Credibility as a Trade Off in network industry?, Working Papers du Groupe Réseaux Jean Monnet, no. 8. (www.GRJM.net).

Pignon, V., 2003. L´harmonisation des méthodes de tarification du transport de l´électricite. Une analyse économique du marché unique européen. Tesis en ciencias económicas de la Universidad de París I, octubre.

Pigou, V., 1920. *Economics of Welfare.* Macmillan.

Ruggles, N., 1949. "The welfare basis of the marginal cost pricing principle. Recent developments in the theory of marginal cost pricing". *The Review of Economic Studies*, p. 29-46 y 107-126.

Samuelson, P., 1979. Economics: an Introductory Analysis, McGraw Hill.

Saussier, S., Yvranda A., 2004. "Do organization choices matter? Assessing the importance of governance trough performance comparisons". Working Papers du Groupe Réseaux Jean Monnet, no. 10 (www.GRJM.net).

Saussier, S., Ménard, C., Huet, D., Staropoli, C., 2004. "Mode de gestion et efficacité de la distribution d´eau en France: une analyse néo-institutionnelle, Working Papers du Groupe Réseaux Jean Monnet, no. 10 (www.GRJM.net).

Savedoff, W.D., Spiller, P., 1999. Spilled Water: Institutional Commitment in the Provision of Water Services, Inter-American development Bank.

Scharpf, F., 2000. *Gouverner l´Europe*. Presses de la FNSP.

Staropoli, C., 2001. *Organisation et efficacité des marches de gros d´électricité.* Tesis en ciencias económicas de la Universidad de París I, diciembre.

Tadelis, S., Bajari, P., 2001. "Incentives Versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts". *RAND Journal of Economics* Autumn, 32 (3), p. 287-307.

Williamson, O., 1976. "Franchise biding for natural monopolies". *Bell J. Journal of Eocnomics*, 7, p. 73-104.

Williamson, O., 1985. *The Economic Institutions of Capitalism*. The Free Press.

Williamson, O., 1996. *The Mechanisms of Governance*. Oxford University Press.

Williamson, O., 2000. "The New Institutional Economics: taking stock, looking ahead", *Journal of Economic Literature*, vol. 38, p. 595-613.

Williamson, O., 2002. "Contract and economic organization", en: Brousseau, E., Glachant, J.M. (eds.), Cambridge University Press, cap. 3.

Wilson, R., 2002. "Architecture of Power Markets", *Econometrica,* 70 (4), p. 1299-1340.

World Bank, 1995. *Bureaucrats in Business: The Economics and Politics of Government Ownership*. Oxford University Press.

La regulación política

Jean Pierre Gaudin*

Desde hace unos treinta años, la noción de regulación ha tomado una importancia cada vez mayor en la ciencia política, en particular en los análisis de las políticas públicas. Sin embargo, no se trata de una corriente de análisis unificada. Es posible observar una pluralidad de niveles de análisis en términos de regulación. También se observan muchos debates en torno al valor explicativo de esos niveles de análisis en función de las perspectivas que se adoptan.

Como una primera aproximación, se puede afirmar que la regulación política corresponde a modos de acción y de negociación que organizan desde hace poco las decisiones públicas y que se inscriben en una redefinición de las formas clásicas de gobierno.

Para una apreciación sintética y heurística, recordaremos primero cuales son las principales características de la evolución contemporánea de las formas de decisión y de los actores de las políticas públicas (**I**). Después, veremos cómo las gestiones de tipo "procedimental" que se desprenden de ellas replantean la pregunta sobre el Estado y su lugar en el sistema de decisión (**II**). Consideraremos, finalmente, la forma en que los enfoques de la regulación política interpretan las nuevas coordinaciones de múltiples actores en la acción pública (**III**).

I. La evolución del análisis de las formas de gobierno

Es difícil separar la evolución reciente de los análisis y de los cambios de las situaciones, pues esos dos movimientos están ligados e interactúan. En efecto los límites de los paradigmas clásicos de análisis de las formas de gobierno se han acentuado desde hace una veintena de años, a medida que las situaciones políticas se han transformado.

* Profesor de ciencia política en el IEP de Aix - en - Provence.

A. Los límites del análisis clásico de las políticas públicas

1. Las paradojas del *decision making*

Los análisis de la decisión aplicados a los actores públicos se desarrollaron en la ciencia política en dos direcciones muy opuestas.

Por un lado, estos análisis se realizaron según la idea de un proceso de decisión libre y racional del actor. Esta teoría fue construida primero por economistas neo-marginalistas, aplicada al análisis de la empresa, y luego fue traspuesta a la elección pública: *decision making, rational choice, búsqueda operacional* (Buchanan y Tullock, 1962). La elección se haría, según los autores de esta perspectiva, en función de la información disponible, de la jerarquía de las prioridades del actor y de la optimización de sus utilidades, objetivas y subjetivas, y estaría sujeta a restricciones presupuestarias. La decisión, al interior de estos postulados, es por lo tanto racional puesto que se basa en las prioridades del actor. El fuerte supuesto de autonomía que subyace en esta visión general del *decisión making* se incrementó aún más por las connotaciones que se le dieron a la idea de poder estatal: las prerrogativas soberanas, la coacción legítima y, de forma más moderna, el voluntarismo económico se superponen y se refuerzan mutuamente en las representaciones colectivas. En el análisis de las políticas públicas se implementa una perspectiva de la decisión pública llamada "secuencial" (C. Jones, 1970) que descompone el proceso de decisión en una serie de etapas claves (que van desde la el surgimiento de un problema hasta la evaluación de los resultados de la acción pública) que se suceden de forma lógica y que, según una cronología racional, se conciben desde el punto de vista del responsable público al articular el "problema", su "solución", "los objetivos" y "los medios".

Por otra parte, durante ese mismo periodo, los análisis tuvieron que integrar el rol creciente del contexto de las decisiones públicas. Estos no pudieron centrarse exclusivamente en la entidad que toma las decisiones públicas (gobierno, administraciones) so pena de volverse demasiado reduccionistas. Por ejemplo, en Europa, las crisis políticas de 1968 revelaron brutalmente los límites de la eficiencia de la centralización y del Estado dominador. Pero, desde antes, los observadores que se dedicaron al estudio de las políticas sociales del

Estado providencia en Europa, de los procesos de negociación colectiva de las normas, de los salarios o incluso de las formas de planeación, comenzaron a mostrar en qué medida las decisiones públicas se inscribían en realidad en procesos de negociación y de concertación con actores económicos y sociales organizados, es decir con actores "privados". Esto es lo que se llama el enfoque *neo-corporativista* de la decisión pública (Schmitter y Lembruch, 1982). Lejos de la autonomía de los responsables de las decisiones y del dominio estatal, este enfoque describe un sistema relacional, cuasi obligatorio entre múltiples universos, que incluye tanto a actores privados como públicos que se ven llevados a confrontar varias racionalidades de acción y de ajuste recíproco.

Con ello la concepción demiúrgica del "responsable de las decisiones públicas" quedó fuertemente relativizada. Sin embargo, la obligatoria negociación de las decisiones sigue siendo una idea paradójicamente mal aceptada, al menos en la medida en que se vio al poder público en Europa (y particularmente en Francia) como centro de las decisiones colectivas del Estado social y del intervencionismo "colbertiano".

2. Las lagunas de los enfoques centrados en el Estado

El Estado se mostró entonces más como un actor relativo, en realidad bastante diversificado e incluso disperso.

Paralelamente a los primeros análisis del enfoque de *decisión making*, se desarrolló la noción de política pública (*public policy*) en el ámbito estadounidense. Esta noción caracterizaba todo programa colectivo de acción y medía la adecuación entre los medios y objetivos. Este tipo de análisis no se refería necesariamente al Estado (al menos al federal). Pero luego de su transposición en Europa este enfoque se centraría mucho más en el Estado.

En efecto, en Europa las políticas públicas se analizaron en un comienzo en referencia casi exclusiva al Estado central y a su administración territorial. Aunque es cierto que en Europa los países de cultura jurídica romano-germánica siguieron más esta rama de análisis que los países de tradición federal o anglo-sajona, las colectividades territoriales y los otros poderes locales se consideraron, en la óptica de este tipo de análisis, como elementos periféricos del poder público y transmisores distantes del poder del Estado. De hecho, esta

concepción monista no mostraba una realidad en la que, en la definición y aplicación de la regla general, los diferentes actores del Estado no sólo discutían con los operadores privados sino que también negociaban frecuentemente, de manera discreta, con los poderes locales y su administración. Fue la sociología de las organizaciones aplicada a las relaciones centro-periferia del Estado, y a las colectividades locales la que inició, desde los años 70, las "regulaciones cruzadas", en las que intervenían mecanismos, para evitar y sacar artificiosamente provecho a la regla general, pero también para lograr intercambios de recursos de acción y de apoyo recíproco, que llegaban incluso a invertir las relaciones de tutela y a hacer de la periferia geográfica y de la política, el apoyo obligado del Estado central (Grémion, 1976).

Así, el análisis "clásico" de las políticas públicas, inspirado primero por postulados simplistas en los que la decisión se veía como racional y secuencial, e impulsado exclusivamente por el Estado, conoció un real desarrollo …pero tuvo durante un cierto tiempo dificultades para ser aceptado. Ha sido entonces la evolución de los contextos de acción, desde hace una veintena de años, la que ha marginalizado progresivamente en la ciencia política europea el recurso a las problemáticas de la elección racional y a las concepciones unificadas y dominantes del poder público.

B. El contexto contemporáneo: la diversificación de los poderes de iniciativa y de acción

1. Las descentralizaciones-regionalizaciones

El interés actual por los "territorios", entendidos como marcos de la acción pública y de cooperación entre múltiples actores, es cada día mayor. Esta evolución resulta de un movimiento conjunto que valoriza en Europa los niveles intermedios de gobierno (situados entre el municipio y el Estado) y de las singularidades propias de la historia política e institucional francesa.

La mayoría de los países de la Unión Europea se han comprometido, de diferentes maneras, con procesos convergentes que valorizan el nivel territorial infra estatal, regional y urbano. Se trata de desconcentraciones administrativas, pero también, con más frecuencia, de descentralizaciones administrativas y

frecuentemente políticas que le confieren amplios poderes y responsabilidades electivas a escala territorial. Las vías adoptadas han sido: la federal (fórmula impuesta en Alemania por los vencedores, que con ello pensaban debilitarla políticamente), pasando por la regionalización del Estado (como en Italia y recientemente en Gran Bretaña, y que en algunos casos como España y Bélgica ha ido muy lejos) o por la descentralización, como ocurre en Francia, en un proceso que todavía está en marcha. En todos estos casos, se ha procurado favorecer la autonomía administrativa y sobretodo política, en nombre de la eficiencia y de la democracia. La afirmación de esos niveles intermedios, regionales o urbanos, en relación con los Estado nacionales, concuerda con lo que se llama el "meso-gobierno" (es decir, el gobierno que está a medio camino entre lo micro-local y la macro-política estatal).

En Francia, esta evolución ha tenido algunas singularidades debidas a la historia y a las características contemporáneas del proceso de descentralización que se inició de forma sistemática a comienzos de los años 80. A raíz de las leyes de 1982-83, los diferentes niveles de poderes políticos locales (municipios, departamentos, y nuevamente regiones) se convirtieron en "colectividades territoriales". El término "territorio" entró así plenamente al vocabulario institucional. Pero hoy en día este término es objeto de un uso confuso y extenso, tanto en el medio administrativo como entre los representantes y los observadores de la vida pública francesa. Se habla con cualquier propósito de políticas "territoriales", o de "territorialización" de las políticas públicas. En cualquier caso, la descentralización en Francia emancipó a los poderes locales, al permitirles definir, financiar y realizar los proyectos correspondientes a las competencias que el Estado les transfirió. Se establecieron nuevas políticas, departamentales y regionales (descentralización I desde los años 80) que posteriormente se han ido diversificando (descentralización II desde el 2000). Las transferencias ya han sido sustanciales, en particular en los ámbitos de las políticas sectoriales, sociales, de urbanismo y de adecuación del territorio.

La descentralización tenía la intención de clarificar los poderes y responsabilidades al organizar tanto como fuera posible "bloques de competencias" homogéneos, cada uno correspondiente a una escala de poderes. Pero la práctica se reveló menos cartesiana. Las cooperaciones y cofinanciaciones entre los

poderes públicos fueron múltiples y permitieron flexibilizar las fronteras de las competencias y aumentar los presupuestos, tanto más en cuanto que se veía que las nuevas políticas correspondían, al mismo tiempo, a diferentes ámbitos, y que por lo tanto abarcaban diferentes tipos de competencias y diferentes niveles de poderes.

Todas esas características convergieron para suscitar e incluso requerir cooperaciones multiniveles, entre las diferentes colectividades territoriales del Estado, además del nivel europeo.

2. La integración europea

Cuando se inició el Mercado común después de 1957, el objetivo primordial era bajar las tarifas aduaneras entre los países miembros y llegar a la libre circulación interna de los productos industriales y agrícolas. Después, durante los años 90, la competencia e iniciativa europea se amplió y diversificó, junto con la expansión por etapas del círculo de países miembros y la profundización de la integración política. Un nuevo giro se dio mediante el Acta Única y el tratado de Maastricht. Pero al parecer no se dieron cuenta que recientemente en Francia varios gobiernos y grandes organizaciones profesionales han mantenido, en diversos escenarios de negociación y en medio de alardes mediáticos, bajo la apariencia de decisiones nacionales, numerosos dominios pertenecientes a las políticas públicas. A las políticas europeas de libre circulación de bienes, después de servicios y de personas, se han añadido principalmente el Pacto de estabilidad (con sus consecuencias presupuestales), la moneda única y la regulación crediticia europea, la política de seguridad (acuerdos de Schengen), la política extranjera y de seguridad común (PESC) así como las grandes políticas de competencia y cohesión.

Así, es particularmente en función de estas últimas que debemos considerar la "europeización" de las políticas públicas nacionales. Con este término, no se trata de designar únicamente el desarrollo de políticas transferidas al nivel de responsabilidad de la Unión y de los mecanismos intergubernamentales de toma de decisiones (por unanimidad, en los comienzos del Mercado común, y hoy en día cada vez más por mayoría), sino también de señalar la articulación estrecha entre las políticas nacionales (o locales) con orientaciones y normas

adoptadas a escala europea. Se trata entonces de una interacción de niveles, de nuevas cooperaciones entre niveles de acción, con las consecuencias que esto implica en cuanto a coordinaciones explícitas, pero también al enfrentamiento de la competencia respecto a las iniciativas, elusión de actores y regulaciones pragmáticas (Charillon, 2002).

3. La eliminación de las barreras entre lo público y lo privado

Las formas del Estado providencia así como las intervenciones públicas en el ámbito económico se han apoyado desde los años de la posguerra en procesos detallados de negociación y concertación con los sindicatos y las organizaciones que representan los intereses económicos. Este tipo de negociaciones "reglamentadas" se han organizado mediante modalidades muy diversas, como por ejemplo comités paritarios, altos consejos o incluso reuniones anuales (del tipo "encuentros con la sociedad"). Estas modalidades tenían en común, la producción de acuerdos a nivel nacional y de reglas de juego de alcance general. Tales concertaciones implicaban concesiones recíprocas y formas de reconocimiento cruzadas entre los interlocutores principales (es decir los representantes del Estado y de las profesiones e intereses organizados a nivel nacional), que se convirtieron así en "interlocutores sociales". Tal negociación nacional, impulsada o regulada por el Estado, marcó con fuerza la política de manejo de los ingresos del sector público y aún más la gestión de los derechos sociales. Sin embargo, este tipo de negociación también se presentaba en las grandes políticas agrícolas e industriales, en los ámbitos de los transportes y de la energía y en la política educativa.

Tales dispositivos no han desaparecido, lejos de ello, sin embargo, actualmente ocupan un lugar menos central del que ocupaban en el siglo XX respecto de las prácticas y del imaginario político. La reconstrucción del actual Estado social, las privatizaciones del sector público, así como las etapas de la descentralización en Francia han alimentado, cada una a su manera, nuevas formas de negociación, más fragmentadas y descentralizadas, pero también más puntuales. Estas nuevas formas se suman a los dispositivos nacionales de negociación y aunque a veces compiten con ellos directamente, también los multiplican–. Hoy en día se alienta, en particular, una multiplicación de políticas asociati-

vas, que acercan en el terreno a los actores públicos y privados. Con esto se quieren combatir las antiguas fronteras de repartición de competencias, hacer las negociaciones locales más sistemáticas, y basar la cooperación territorial en contratos de acción pública.

Esta nueva "cooperación pública-privada" (o en adelante *partenariat public- privé*[1] –PPP–, como se le llama inspirándose en el nombre anglosajón) al interior de las políticas públicas, afecta dos campos de acción de creciente importancia: el del medio ambiente y el del desarrollo local. Estos dos campos se han afirmado recientemente, al ocupar espacios de acción que habían sido abandonados por el reflujo de una política industrial que, antes de la aceleración de la integración europea y de la liberación de los intercambios, se negociaba esencialmente a nivel nacional con los grandes grupos industriales o bancarios y las federaciones patronales.

Pero éstos no son los únicos casos actuales de *partenariat* público-privado en la negociación descentralizada. La reciente evolución de las políticas sanitarias y hospitalarias (Fassin, 1998) valoriza, en el marco de las redes locales, el aprendizaje colectivo, las negociaciones explícitas y los intercambios

[1] Nota del Editor: el término *partenariat* puede entenderse de manera general como una asociación de empresas para llevar a cabo una acción común (Petit Robert). Igualmente es un contrato cuyo régimen jurídico se estableció inicialmente mediante ordenanza del 17 de junio del 2004, y que se encuentra actualmente en la ley n° 2008-735 del 28 de julio de 2008 publicada en el diario oficial del 29 de julio de 2008 [www.légifrance.gouv.fr]. El Ministerio de la Economía, de la Industria y del Empleo, lo define como el contrato que permite que un organismo público confíe a una empresa la misión global de financiar, en todo o en parte, el diseño, la construcción, el mantenimiento y la gestión de obras o instalaciones públicas así como lo necesario para garantizar ciertas misiones de servicio público de la administración, en un marco de larga duración, mediante un pago efectuado por la persona pública, y que puede prolongarse en el tiempo. Su objetivo es optimizar el rendimiento de los sectores público y privado para lograr en los mejores términos y condiciones los proyectos que presentan un carácter urgente o complejo para la colectividad: hospitales, escuelas, sistemas e infraestructura. Este Ministerio establece que las ventajas de esta nueva forma de contratos son múltiples: la aceleración del proyecto gracias a la pre-financiación, la innovación que beneficia a la comunidad por el dinamismo y la creatividad del sector privado, un enfoque en función de los costos globales, la garantía de rápidos resultados, una distribución óptima de riesgo entre el sector público y el privado puesto que cada uno soporta el riesgo que conoce mejor. Como tal, esta asociación complementa y enriquece el abanico de herramientas de la administración pública en Francia. http://www.ppp.minefi.gouv.fr/, consultado el 9 de enero de 2009.

de experiencias entre los hospitales públicos y los practicantes privados. Éstos constituyen entonces interesantes ejemplos de esta negociación.

Sin embargo, las negociaciones medioambientales con los "contaminadores" resaltan particularmente bien, el rol de los "foros" de discusión que ampliados involucran las empresas o ramas de actividad concernientes, así como los diversos niveles de colectividades territoriales y las múltiples categorías de usuarios de los recursos naturales. Por su parte, los procesos de desarrollo local subrayan hoy la importancia creciente no sólo de las iniciativas comunes contra el desempleo, sino también las de la cooperación financiera interurbana o regional.

Estas dos políticas negociadas son entonces a su vez representativas de la eliminación de las barreras entre lo público y lo privado, respecto de las iniciativas o de la distribución de proyectos, y, de la cooperación, frecuentemente obligatoria, de los poderes centrales y locales.

Así, el análisis de las políticas públicas tiene en cuenta necesariamente la diversificación de los actores públicos y privados, nacionales, locales y europeos que pueden llevar a cabo iniciativas y cofinanciar proyectos y programas de acción. Pero esas configuraciones de múltiples actores y niveles no pueden existir sino cooperando por medio de procedimientos específicos que deben analizarse en seguida.

II. La "procedimentalización" de la acción pública

La diversificación de los actores de las políticas públicas se ve acompañada por nuevas modalidades de regulación que hacen un uso intensivo de formas procedimentales en las que el procedimiento se precisa mejor que el objetivo a alcanzar.

A. Procedimientos para ampliar y eliminar las barreras del "círculo de actores"

1. Tres grandes tipos de modalidades procedimentales

La producción de reglas sociales se encarnó en primer lugar en el desarrollo del derecho y en una jerarquización general de las formas jurídicas a fin de

limitar la expresión de la fuerza pura y la violencia. Esas regulaciones realizadas por medio de la ley o la regla general se vieron luego complementadas y prolongadas directamente por modalidades de intervención pública de naturaleza financiera. La progresividad de la fiscalidad, las transferencias sociales y las redistribuciones de poder de compra hacia las regiones, a través del gasto público, constituyeron otras tantas formas de regulación política con un fuerte componente económico. Es sobre esta doble base, jurídica y financiera, que se han instalado las estructuras del Estado providencia y la administración moderna de tipo "racional-legal".

Ese sistema de reglas políticas nacionales no ha desaparecido hoy en día, lejos de ello. Pero, en especial en Francia, se observa, desde hace algunas décadas, la multiplicación de reglas preponderantemente locales de negociación y de producción de políticas públicas. Esas reglas locales se elaboran mediante procedimientos detallados acerca de la discusión de las políticas, así como sobre su manejo cooperativo y la evaluación pública de sus impactos. La difusión de tales procedimientos se ha vuelto tan intensa que se habla de una "procedimentalización" de la acción pública.

El término "procedimiento" no remite aquí solamente a las técnicas jurídicas. Los procedimientos también son, en un sentido más amplio, procesos políticos organizados por reglas predefinidas, que a su vez producen reglas (son entonces "constitutivos", o *institution building*, como dicen los anglosajones). En efecto, en la acción pública contemporánea no se trata únicamente de aplicar reglas generales definidas con anterioridad, sino también de producirlas haciendo camino, caso por caso y en función del círculo de actores potencialmente implicados. Los procedimientos de la acción pública contemporánea son procesos que apuntan a producir, en la forma en que hoy llamamos "asociativa", reglas colectivas de discusión y de acción. Estos procesos implican entonces la exposición de diferentes puntos de vista, el debate e intercambio de argumentos, formas eventuales de acuerdo y compromisos colectivos sobre un proyecto o un programa de acción.

Los diversos procesos de discusión y de acuerdo tienen el propósito de legitimar ciertas situaciones y un nuevo vocabulario: situaciones, tales como espacios públicos de discusión, momentos de negociación explícita, o coope-

raciones flexibles entre actores públicos o entre actores con estatus jurídicos múltiples (Jobert, 1992); y un vocabulario que desde hace una treintena de años se ha propagado poco a poco en el campo de la acción pública francesa en torno a "proyecto", "*partenariat*", "contrato" o "acuerdo".

Esos procedimientos son multiformes pues nacen con frecuencia de formas experimentales, "de operaciones piloto" y de iniciativas locales diversificadas. Tales procedimientos son por lo tanto con frecuencia inestables, poco codificados y se nombran de múltiples formas. Se puede considerar, sin embargo, que existen cuatro formas principales de producción procedimental de reglas locales o sectoriales para la elaboración y seguimiento de las políticas públicas.

En primer lugar está la organización de debates públicos, frecuentemente temporales y puntuales puesto que están ligados a un dossier o un proceso particular. La multiplicación de los escenarios de debate, llamados "forums" en ciencia política, ha sido impulsada en Francia a la vez por la democratización reciente de los proceso de encuestas públicas, por el desarrollo de los llamados estudios de impacto (de carácter medioambiental o socioeconómico) y por los procedimientos de organización directa de la concertación a propósito de grandes proyectos de infraestructura (como en el caso de la Comisión nacional de debate público).

En segundo lugar, no podrían dejar de mencionarse los contratos de acción pública, que están constituidos por procedimientos de negociación de normas colectivas y de implementación de políticas (más adelante las examinaremos en detalle). Sin embargo, estos mecanismos crean solamente reglas temporales y compromisos parciales así sean más formales y duraderos que los foros de debate. Pero desde hace treinta años, su rápida generalización, en Francia, se debe a su papel de coordinación en contextos que necesitan cada vez más de cooperación interinstitucional y de cofinanciación.

La tercera forma procedimental, con la que se debe contar en la acción pública contemporánea, es la de las agencias de regulación. Estas autoridades, independientes de la administración clásica, están generalmente a cargo de la producción negociada y de la aplicación de reglas colectivas en un sector de actividad determinado (Colliard y Timsit, 1988). Esta fórmula, traída de la

tradición anglo-sajona, se utiliza mucho para darle un marco a los mercados, para acompañar la privatización y la apertura a la competencia de las empresas públicas, y para fragmentar mundos administrativos que se consideran demasiado masivos o excesivos.

Finalmente, debemos también estar atentos al recurso cada vez más sistemático a los procedimientos de evaluación de las políticas públicas. Hoy en día el seguimiento y el control de los programas se realiza mediante un proceso general de evaluación. Este es un procedimiento que se ha fortalecido en Francia desde hace una veintena de años, y que suscita todavía expectativas, a pesar de las dificultades que ha habido para su implementación y de límites metodológicos que aun no se han clarificado. Este recurso a la evaluación se explica también por una mayor debilidad del parlamento y por una renovación de las relaciones de poder entre las diferentes administraciones públicas.

2. El particular rol de la contractualización en Francia

Las "políticas contractuales", es decir aquellas que se implementan mediante contratos de acción pública, han aumentado en número y están ahora cuasi generalizadas en Francia. Pero este título no debe causar equívocos: las políticas e incluso los procedimientos de este tipo son multiformes y muy diferenciados. Este es un tipo de procedimiento que primero se desarrolló de forma experimental, hace una treintena de años, y que no está unificado por textos marco o por enunciados constitucionales generales. La práctica sin embargo conduce a dividir este tipo de procedimientos en tres tipos esenciales de contratos de acción pública (Gaudin, 1999).

Algunos de esos contratos pueden presentarse como *documentos de orientación.* Tales contratos permiten manifestar una voluntad general de cooperación y presentar una orientación de acción, más que detallar las operaciones que se realizarán. Se trata con frecuencia de declaraciones de intención. Es una hipótesis que se encuentra cuando por primera vez los asociados emprenden una cooperación, cuando exploran una política o, también, cuando deciden reservar por anticipado presupuestos y medios, sin haber realmente concluido sus acciones de asociación. Numerosos contratos de desarrollo local, "regional" o de fomento cultural pueden ser de este tipo.

Hay un segundo tipo de contrato de acción pública que, más allá de las circunstancias y coyunturas políticas, es más operativo. Se tata en este caso de contratos que se inscriben en procedimientos establecidos, insertados en calendarios presupuestales precisos y vinculantes. Estos son lo que podemos llamar *contratos de proyectos*. En esta hipótesis, los proyectos han sido formulados de forma precisa y esbozados por actores públicos o privados, antes incluso de que el procedimiento contractual se haya formalizado. Con estos contratos se facilita la implementación de los proyectos. El proceso de contratación se inscribe con frecuencia en un marco general de acción que impone un calendario estricto y una operatividad inmediata, so pena de la pérdida de la apertura de los créditos correspondientes. Es el caso, por ejemplo, de las políticas contractuales que utilizan los créditos de los Fondos europeos para la modernización rural o para la reconversión de las zonas de viejas industrias.

Se puede distinguir finalmente un tercer tipo de contrato de acción pública, que corresponde a casos que hoy en día tienen una gran importancia en Francia: los contratos Estado-Región. Estos contratos han servido, a partir de 1983, para regionalizar los ejercicios de planificación de las grandes inversiones colectivas y para programar los créditos públicos que se obtienen esencialmente mediante la asociación de las regiones y el Estado. Hoy en día, la negociación de estos contratos implica además ciertos departamentos y grandes ciudades. Es por lo tanto un marco de negociación muy amplio, pero esencial para las grandes políticas de inversión pública. Estas negociaciones dan prioridad a los proyectos particulares de cada región, y se apoyan sobre la repartición de competencias entre Estado y región; pero estos contratos apuntan sobretodo a coordinar globalmente las grandes masas de compromisos financieros del Estado y de las colectividades territoriales, en periodos de cinco a siete años. Se trata principalmente de *contratos de programación* presupuestal y de organización de financiaciones cruzadas.

Contratos de orientación, contratos de proyectos y contratos de programación. Estos géneros, que no son sino relativos, se combinan con frecuencia en la práctica pero subrayan la diversidad de las gestiones, más allá de su título general, diversidad por lo tanto de los contratos de acción pública, pero subrayan al mismo tiempo la unidad de género, con relación a la regla general,

ilustrada por la ley y el reglamento, e igualmente unidad respecto a las características procesales mismas. Tres características resaltan en efecto la particularidad de tales procedimientos contractuales que nos ayudan a delimitar los contornos precisos de esos contratos puesto que no existe un texto general de referencia o en el que se halle su definición.

Estos procedimientos contractuales suponen en primer lugar que haya un acuerdo sobre los objetivos del contrato entre las partes que se comprometen, y por lo tanto una fase de discusión o negociación inicial sobre sus orientaciones, no se podría hablar entonces de contrato de acción pública si en su formación no se pasó por la fase de discusión. La firma del contrato supone, en seguida, que los co-contratantes aporten conjuntamente medios para la realización del objetivo común, esto no quiere decir que los aportes sean equivalentes ni de la misma naturaleza (en dinero, personal, conocimiento, legitimidad simbólica, etc.). La firma del contrato implica, finalmente, un acuerdo sobre un calendario de ejecución, que tiene la característica de ser de una duración superior a la anualidad presupuestaria (con las incertidumbres que eso implica, sobre todo por parte del Estado, que está implicado en compromisos económicos y presupuestales internacionales) pero que se enmarca al mismo tiempo en un horizonte programático que se considera "realista" (dos a cinco años por lo general).

Estos criterios de procedimiento, que aceptan algo de interpretación, muestran que los contratos de acción pública son diferentes a la vez de los contratos privados (en los que el régimen de obligaciones y de las sanciones está más desarrollado) y de los contratos administrativos (donde la asimetría de los actores contratantes es estructural). Sobre la base de estos contratos de acción pública, las políticas de asociación se han multiplicado progresivamente en Francia desde hace treinta años, de forma empírica y multiforme. Se puede sin embargo reconstituir el dinamismo y las grandes líneas de esta evolución, en función de tres momentos sucesivos.

Una primera fase corresponde a los años 70. Es la fase de la *experimentación* inicial de los procedimientos contractuales en Francia. A partir de 1973-74 se firmaron los contratos llamados de "ciudades medianas", entre el Estado y unas sesenta aglomeraciones. Después aparecen los primeros "contratos regionales", y también los contratos de "operaciones programadas para

el mejoramiento del hábitat" y los contratos "hábitat y vida social" que inician las primeras experiencias de renovación de viviendas antiguas y de grandes conjuntos de viviendas deterioradas. Todos esos procesos que fueron iniciados por el Estado y sus administraciones competentes (Interior, Obras, Delegación Interministerial para la Infraestructura y la Competitividad Regional, Planeación) le ofrecieron a las colectividades regionales nuevas modalidades de cooperación financiera con base en proyectos globales y por lo tanto diferentes de las subvenciones a las que estaban acostumbradas.

Con las leyes de descentralización en 1982-83 se abrió una segunda década, la de una *generalización* de los procedimientos contractuales a todo un conjunto de políticas públicas, que iba más allá del ámbito inicial que abarcaba sobretodo políticas de infraestructura y urbanismo. El vector principal de esta generalización fue el contrato de plan Estado-Región. Por medio de este contrato se difundió este tipo de procedimiento en todas las regiones, incluyendo varios niveles de colectividades territoriales y varios tipos de acciones contractualizadas (contratos de ciudad, políticas de inserción y de formación, vías férreas regionales). Los procedimientos contractuales también se difundieron ampliamente en las políticas culturales, en las acciones de desarrollo económico, en la acción social y en las políticas medioambientales. Pero en este caso el Estado no es el único que propone políticas medioambientales. Las colectividades territoriales (regiones, departamentos y grandes ciudades) también pueden definir procedimientos de este tipo y proponérselos a otros actores con el fin de asociarse en materia de instalaciones colectivas, de acción cultural y de desarrollo turístico.

La década de 1990 finalmente, se caracterizó por una *cuasi-sistematización* de los procedimientos contractuales en la acción pública en Francia. Desde entonces la mayoría de las políticas públicas son concertadas, incluidas las de Justicia y Policía. Sin embargo, las políticas de Estado más soberanas (Ejército, Finanzas) o las más auto-centradas (Educación nacional) resisten a estos contratos (menos para la gestión de sus propios proyectos de servicios que respecto a su colaboración con otras administraciones). Esta sistematización se explica por la flexibilidad y adaptabilidad de estos procedimientos, como lo muestra la adaptación que de ella han hecho ciertas leyes recientes para la

implementación de sus orientaciones generales (como por ejemplo la ley sobre el aire de 1996). La sistematización también se debe al efecto de transmisión y de aumento de procedimientos contractuales que se han dado en razón de la implementación de las políticas de la Unión Europea a partir del tratado de Maastricht en 1992. Las políticas de cohesión y la reforma de los fondos estructurales han llevado en efecto a generalizar las contribuciones financieras comunitarias articuladas en torno a proyectos que se realizan mediante contratos con los Estados y con las regiones de la Unión Europea.

3. El nuevo margen de acción de los actores regionales

En los contratos de acción pública de los años 70 y 80 en Francia, las ofertas de cooperación vinieron en primer lugar esencialmente del Estado. El Estado le propuso políticas de cooperación y cofinanciación a municipios, departamentos o regiones, o incluso a ciertos actores de derecho privado (proveedores de fondos sociales, asociaciones, empresas). Las ofertas de cooperación contractual se dirigieron así a los actores locales, bajo la condición de ciertos criterios de elegibilidad (recursos, tamaño de la población, calidad del proyecto presentado, etc.). En la práctica se realizaron concursos más o menos informales entre las colectividades locales candidatas a esos proyectos. La oferta de cooperación por parte del Estado se vio acompañada en consecuencia por la aplicación de filtros, sin que se tuvieran en cuenta razones de oportunidad o de proximidad política (Duran y Thoenig, 1996; Dubois, 1997).

Analicemos por ejemplo el caso de los contratos de plan Estado-Región (CPER).

Estos contratos de acción pública incluyen compromisos financieros sobre grandes inversiones, son firmados conjuntamente por el Estado y cada región (y también pueden participar, de forma secundaria, departamentos y grandes ciudades). Estos compromisos plurianuales (entre cinco y siete años) abarcan programas de infraestfructura que han sido construidos alrededor de proyectos, por una parte regionales y, por otra, nacionales. Estos proyectos se refieren sobretodo a la modernización vial, al sistema de autopistas y vías férreas, a las instalaciones universitarias y hospitalarias, a los grandes proyectos y políticas urbanas.

La aplicación de varias generaciones sucesivas de contratos de plan permite sacar varias grandes enseñanzas a la vez sobre la renovación de las formas de negociación de la acción pública, sobre la realidad de los *partenariat* anunciados, y sobre la permanencia de algunas tensiones en las relaciones de poder en los diferentes niveles. El CPER se muestra como un ajuste negociado entre el marco nacional de inversión del Estado y los proyectos estratégicos de cada una de las regiones. Allí hay una parte de la realidad, pero que se combina de hecho con otra, menos evidente, pues el Estado práctica en realidad la política llamada de "núcleo interior" que consiste en considerar que ciertas de sus prioridades no son negociables (en particular en nombre de de la coherencia nacional de las decisiones). Además, cada uno de los contratistas del Estado, al tener medios financieros limitados y al tratar de conservar el mayor margen posible de maniobra final, adopta una táctica que consiste en tratar de inscribir una parte de sus propias prioridades en los recursos presupuestarios del Estado. Esta es la estrategia que se conoce como "cucú", y que alimenta muchos regateos, oscurece las decisiones y paradójicamente le da a cada cual la impresión de que está pagando por el otro.

La negociación de los CPER hace que sea difícil clarificar la repartición de competencias y de responsabilidades que pretendían las primeras leyes de descentralización (1982-1983), en razón de la complejidad y opacidad de la negociación entre el Estado y las regiones que se expresa igualmente, tras la firma del contrato, en su ejecución. La implementación temporal coherente en el tiempo, de las diversas fuentes de financiación venidas de múltiples presupuestos es delicada puesto que en el marco general de los contratos de plan, también se necesita una coordinación con contratos más específicos (contratos de ciudad, contratos de inserción, contratos locales de seguridad). La cantidad de contratos que deben coordinarse hace que sean necesarios muchos ajustes y compromisos.

En un segundo momento, las colectividades territoriales más importantes (regiones, grandes ciudades, departamentos) se valieron también de este tipo de procedimiento contractual para cooperar entre ellas o para generar acuerdos de *partenariat* con asociaciones o empresas. Hoy en día, en los ámbitos de las políticas sociales, medioambientales o de desarrollo local, se observa esta

multiplicación y diversificación de iniciativas contractuales. La reapropiación local de estos procedimientos se ve acompañada también de una imitación de las prácticas de manejo autoritario de los contratos (…) que ellas mismas denunciaban antes respecto del Estado.

Esta diversificación de las políticas contractuales en Francia (y también en otros países europeos) alimenta una multiplicación de proyectos locales, a veces redundantes, y opacos a los ojos del que no los conoce. Esta diversificación también alienta la estructuración de coaliciones de actores que compiten entre sí a todos los niveles, coaliciones que reflejan rivalidades políticas con el Estado o entre colectividades territoriales, al menos tanto como traducen complementariedades en las acciones de proyectos de interés general. Los contratos de acción pública pueden quedarse entonces como intenciones políticas generales o bien transformarse progresivamente en verdaderos programas de acción. La contractualización es un proceso que sin duda no es independiente de su contexto político general: los ritmos electorales, los cambios de mayorías políticas y las inflexiones en las políticas presupuestales del Estado juegan un papel importante en la implementación efectiva de estos programas…En este contexto, el carácter cada vez más ilegible de la acción pública contemporánea se subraya a veces con envidia y esto se acompaña con la expresión de inquietud por la perdida del centralismo del Estado y por la pérdida relativa de sus capacidades de iniciativa y de acción. Tanto más cuando los compromisos que se toman en el marco de procesos contractuales parecen ser bastante frágiles.

B. Los contratos de acción pública: obligaciones y coordinaciones

1. ¿Se trata efectivamente de “contratos”?

Los *contratos de acción pública* hacen que las reglas sean más inestables. Estos contratos, por su naturaleza, están limitados en el tiempo, con frecuencia son experimentales y, por lo tanto, en principio improrrogables. La estabilidad y la previsibilidad de las reglas del juego se ven disminuidas en relación con las de la ley (incluso si la aplicación de esta última no es tan general e

intangible como a veces se dice). A esto se añade también el hecho de que los procedimientos de realización y ejecución de las políticas contractuales sean largos: declaración o carta de intenciones, a veces precontrato, contrato y después evaluación. Los efectos del anuncio del proceso contractual, identificados con antelación por los futuros contratistas, tratan sobre orientaciones que pueden cambiarse o transformarse profundamente durante las siguientes etapas. Sin hablar de compromisos que a veces no se cumplen. De todo esto surge una impresión de inconstancia o de versatilidad en las perspectivas de acción que se tienen. Además, hay que recordar, por ejemplo, que los calendarios de los contratos de plan de la tercera generación (1994-1999) fueron modificados sobre la marcha y su término se prolongó unilateralmente por el Estado por un periodo de un año (debido a la necesaria armonización del calendario con los de los fondos estructurales europeos); o también se puede recordar que en 1992, durante el transcurso de la segunda generación de CPER, el Estado había modificado las reglas de juego y prescrito la inscripción de los contratos de ciudad en los contratos de plan Estado-Región (aún si esto se hizo por una buena razón: implicar a las regiones en la firma y financiación de la política de las ciudades). Efectivamente, todo esto ha contribuido a dar una cierta impresión de inestabilidad de la regla.

En segundo lugar, la fuerte complejidad jurídica y financiera de las políticas contractuales alimenta también un sentimiento de opacidad respecto a las decisiones y sus consecuencias. Es cierto que algunas reglas de procedimiento precisan por lo general cuáles serán los firmantes institucionales de un contrato, pero no siempre cuáles serán las fuentes de financiación complementaria, que también hacen parte del acuerdo. Es por ello que se dan configuraciones contractuales a veces sorprendentes, con firmantes oficiales (algunos de los cuales sin embargo son partes casi "inactivas" en una política o un proyecto), y financiadores complementarios a veces muy importantes que no se incluye en el procedimiento… Sin embargo, lo que más perturba la visibilidad política de los contratos de acción pública es paradójicamente aquello para lo que se han vuelto más útiles, esto es, para lograr realizar "financiaciones cruzadas" que logran reunir en un mismo proyecto contribuciones presupuestales de diferentes fuentes, yendo así más allá de los bloques de competencias que habían sido

predefinidos al comienzo de la descentralización. Estas financiaciones cruzadas son denunciadas con frecuencia por todos los actores de la acción pública a causa de su complejidad y de su opacidad. Todos prometen detenerse para clarificar los roles, pero todo sigue igual (esto con el fin de conservar cierta flexibilidad, pero sobretodo para poder multiplicar los "incentivos" financieros sobre la mayoría de dossiers y así poder conservar márgenes de maniobra presupuestaria el mayor tiempo posible).

A fin de cuentas, se puede percibir el riesgo de la dilución de la responsabilidad respecto de los compromisos, lo cual constituye una amenaza contra la acción pública que se basa en acuerdos y *contratos de acción pública.* Los "efectos aparentes", los procedimientos innovadores, los experimentos imaginativos ciertamente se valorizan mucho en la acción pública contemporánea, pero el seguimiento y la continuidad que se hace de las operaciones se olvida con frecuencia. Este tipo de olvido es lamentable para la credibilidad de esas acciones y para su solidez, en particular en los ámbitos de políticas que requieren un esfuerzo de largo plazo, tales como la política de inserción, la acción social o la animación cultural. Las colectividades locales y sobretodo las asociaciones de residentes reciben los beneficios muy tarde. El sentimiento de irresponsabilidad también se alimenta por el claro desfase que hay entre los compromisos plurianuales del Estado (con frecuencia generosos e irrealistas) y los efectos de los rubros presupuestales asignados posteriormente, en particular en periodos de recesión. Es cierto que los contratos no son compromisos que sustituyan las reglas de la anualidad presupuestal (como lo recordó el Consejo de Estado), pero a la inversa, no está prohibido hacer apuestas sobre las buenas coyunturas. Como resultado de todo esto, con frecuencia se avivan las decepciones y la impresión de irresponsabilidad sobre los compromisos adquiridos se acrecienta.

Al considerar la negociación multinivel de los CPER, algunas personas han hablado de regateo generalizado. Otros observadores, por el contrario, ven en esta situación un elemento clave para un nuevo régimen de acción pública pues consideran que la fuerte carga simbólica del contrato negociado

abiertamente entre actores públicos ha permitido una implementación más profunda de la descentralización.

El irrespeto de esos compromisos (calendarios, financiaciones) puede conducir a sanciones jurídicas parciales puesto que la jurisprudencia en la materia es reciente y su aplicación es limitada. El problema del alcance jurídico se ha planteado principalmente respecto al tema de los contratos de plan Estado-Región y los otros contratos-marco de planeación financiera. Este tema fue objeto de una primera jurisprudencia del Consejo Constitucional y de los tribunales administrativos, que sentó algunos principios pero que de manera general resulta ambigua. Así, se consideró que los contratos de plan tienen en efecto cláusulas contractuales (fallo CE del 8 de enero de 1988) y que el desconocimiento de las estipulaciones contractuales puede implicar (en caso de perjuicio) la responsabilidad de una parte frente a su co-contratante. Pero por otra parte, un contrato de plan no conlleva por sí mismo ninguna consecuencia directa respecto de la realización de las acciones que prevé (fallo CE del 25 de octubre de 1996). En la práctica, la jurisprudencia del Consejo de Estado deja abierta la posibilidad de una indemnización por irrespeto de un contrato, en caso de que el prejuicio se establezca claramente, pero desalienta los eventuales recursos que puedan presentarse ante los tribunales por exceso de poder. El Consejo de Estado quiere además poner un obstáculo a lo que considera sería una cuasi-indexación de las leyes anuales de finanzas sobre los contratos de plan que se firman para cinco años o más.

Precisar mejor en los contratos de acción pública los regímenes jurídicos aplicables al incumplimiento de compromisos contractuales puede ciertamente parecer una prenda de seguridad, especialmente para las colectividades territoriales, pero a la inversa, podría temerse que si la automaticidad de estas sanciones se incrementara, entonces habría mayor reticencia a comprometerse por medio de este tipo de contratos.

La política contractual es entonces una forma de colaboración, en donde los compromisos y las sanciones son de naturaleza política y jurídica. Si estos procedimientos contractuales producen normas que se consideran temporales, adaptativas y flexibles, queda entonces pendiente que estos procedimientos

oficialicen y consagren sistemas de colaboración apoyados en procedimientos de evaluación y de controles jurídicos.

2. Control de los compromisos y su evaluación

En la mayoría de países de Europa los procedimientos de evaluación están muy difundidos en razón del seguimiento dado a las políticas de la Unión Europea. Sin embargo, políticas, nacionales y locales diferentes, se ven sujetas a evaluaciones obligatorias o facultativas, según el caso.

Las causas del desarrollo de estos procedimientos de evaluación deben buscarse en varios ámbitos. Se insiste con frecuencia en la necesidad de una buena gestión y de mayor transparencia en la acción pública, para ello, se trata seguir en detalle el desarrollo de la acción administrativa y de dar cuenta de sus progresos, en un espíritu similar al de la auditoría y al del control de la gestión de las empresas. La gestión pública (que se organiza hoy en día por proyectos), los múltiples procedimientos de contratación en la acción pública, la voluntad actual de gestión y el necesario control de los presupuestos públicos "por resultados, están orientados en ese sentido. Esto puede también desembocar, en otro nivel, en la definición de "buenas prácticas", como les gusta hacer a los organismos internacionales (FMI, Banco Mundial, CODE) o bien en que las unidades de servicio asuman su responsabilidad (con la implementación por ejemplo de "círculos de calidad" en ciertas empresas públicas y administraciones). Globalmente, esos dispositivos de seguimiento y evaluación se sitúan en una perspectiva de modernización administrativa y voluntad de cambio al interior de las organizaciones. Se puede añadir también que la evaluación de las políticas públicas corresponde también con frecuencia a un objetivo de difusión de la información hacia los representantes públicos o hacia un público más amplio, y que por lo tanto participa de una voluntad para abrir el debate.

Pero las razones para la multiplicación actual de las evaluaciones no se detienen allí. Existe una mayor demanda de evaluación, que corresponde al nuevo lugar que tiene el conocimiento en las regulaciones sociales contemporáneas. Esto concierne en primer lugar la redefinición de las relaciones de poder entre el Estado y las colectividades territoriales que se ha dado tras la descentralización. La supresión de la tutela directa tiende a reintroducir

relaciones de control a través de dispositivos de evaluación. Tal es uno de los significados de las evaluaciones obligatorias que acompañan las políticas de asociación financiadas en su mayoría por el Estado (políticas urbanas, políticas de salud). Por su parte, la Unión Europea promueve la evaluación, con el fin de compensar la debilidad relativa de sus propias administraciones, mediante sistemas de seguimiento y *accountability*. La Unión practica la evaluación *ex ante* (diagnósticos de situación y simulación de los impactos de sus acciones), la evaluación continua de la implementación de proyectos en relación con las administraciones de los Estados miembros, y la evaluación *ex post* de programas de co-financiación. La difusión de la evaluación es además congruente con las demandas actuales de diversificación del conocimiento especializado.

3. La institucionalización de las coordinaciones

El control y la sanción jurídica de las obligaciones son una preocupación ciertamente legítima, también en el género particular de los contratos de acción pública. Sin embargo, no es posible fijarse únicamente en este aspecto, pues los contratos de acción pública no se analizan únicamente como sistemas de obligaciones. En efecto, estos contratos constituyen con frecuencia formas de incentivar y, más en general, actos no obligatorios (lo que no quiere decir sin efecto). La categoría de actos no obligatorios (incluidos los del Estado) interesa cada vez más a la reflexión jurídica. Estos actos incluyen las subvenciones, los incentivos, los conceptos, las recomendaciones, los actos de regulación, que a falta de ser plenamente jurídicos, "suscitan un efecto de hecho" (Ost y Kerchove, 2002; Fluckiger, 2004). También se pueden considerar bajo esta rúbrica numerosos contratos de acción pública. Desde este punto de vista, estos actos representan la institucionalización temporal de la coordinación entre múltiples actores.

Precisemos esta noción de coordinación. Podemos distinguir al interior de los procedimientos que llamamos "contratos" de acción pública varios tipos de coordinación diferente. En primer lugar está la coordinación contractual de las políticas públicas, que corresponde a los contratos de adhesión. El procedimiento en tal caso está estandarizado, y no puede sino ajustarse marginalmente; ciertamente hay una cooperación posible, pero en un marco preestablecido y cuasi

intangible, debido a la relación de poder o a la repartición estructuralmente asimétrica de los recursos. Es el caso de las políticas contractualizadas del Estado, que funcionan en realidad como "ventanillas" de cofinanciación para las colectividades territoriales (contratos locales de seguridad o, en otra escala, contratos de plan Estado-Región). Sin embargo, otras políticas contractuales aparecen realmente abiertas a una negociación equilibrada entre las instituciones públicas. En materia cultural o de desarrollo local, la diversidad de proyectos locales puede en particular hallar un lugar entre las políticas públicas menos reglamentadas y de menor amplitud financiera. Pero un tercer tipo de coordinación contractual puede desprenderse de la coordinación a través de la deliberación. Esta es de cierta forma el tipo de coordinación más ambicioso, pues supone un debate público, un intercambio de argumentos y la apertura de alternativas a un círculo ampliado de actores que incluyen, además de los especialistas y de los responsables de las decisiones, a "profanos" (residentes, consumidores, usuarios). Esta es la ambición que tienen, por ejemplo, las políticas urbanas y ciertas políticas sociales locales en Francia. La cooperación de las instituciones, con las asociaciones y los líderes de opinión o los responsables de los proyectos locales representa entonces un género muy amplio de coordinación. Pero la implementación de este tipo de coordinación es desigual de un lugar a otro, debido a las culturas políticas locales y a las condiciones de diálogo democrático.

De manera general, entonces, estos tres tipos de coordinación contractual se caracterizan por una orientación que es más procedimental que sustancial. En las tres el procedimiento es más detallado y preciso que el objetivo a alcanzar. Estos procedimientos contractuales se sitúan entonces en contracorriente de la normatividad jurídica de tipo romano-germánico, en un espíritu próximo al de la filosofía pragmática estadounidense que coloca al debate y a los procedimientos en el centro de la acción política.

Así pues, la acción pública contemporánea aparece regulada por modos de actuar procedimentales que procuran ampliar el círculo de los actores implicados en los procesos de decisión. Es una tendencia que se percibe hoy en día claramente en Europa (incluidos los países que se consideraban distantes de

las prácticas anglo-sajonas de coordinación) bajo la influencia conjunta de los recientes movimientos de descentralización-regionalización, de la integración europea y de la globalización económica. El Estado ahora es más descentralizado, como ocurre con Francia, y su rol clásico de administración e intervención económica parece transformarse.

Pero más allá de la constatación de un desarrollo de esos procedimientos, ¿cómo se pueden analizar sus implicaciones políticas y sus profundas consecuencias?

III. La regulación como análisis de los procesos de coordinación

Los problemas de la regulación en ciencia política están ligados particularmente a la coordinación entre actores. La temática de la gobernanza es el proceso más conocido, pero hasta el momento no ha sido objeto de una elaboración muy avanzada. El análisis de la regulación para superar la simple descripción de los ajustes recíprocos entre actores, moviliza y desarrolla cada vez más las teorías de la coordinación (Commaille y Jobert, 1999; Chevallier, 2003).

A. Las aporías de la gobernanza

1. Una simple descripción de las relaciones multi-actores…

Varios análisis recientes han actualizado los tipos de ajustes obtenidos mediante interacciones y negociaciones explícitas realizadas entre los diferentes actores de las políticas públicas. Estos ajustes son similares puesto que se apartan de los razonamientos clásicos, en términos de "gobierno", considerados como muy formales al estar centrados en el Estado y al ser incapaces de rendir cuentas sobre un número creciente de situaciones en las que el Estado nacional se ve relativizado a la vez por lo alto (integración en las regiones económicas de mayor talla como la Unión Europea) y por lo bajo (procesos de descentralización, regionalización, federalización). En consecuencia, se han alimentado nuevas reflexiones en términos de "gobernanza", noción, que en la actualidad es objeto de una circulación tan amplia, que pierde su valor si no se acude a

una definición precisa y operacional para su análisis. La gobernanza describe el fenómeno por el cual los sistemas de reglas y de control de diferentes esferas de actividad se han convertido a la vez en multi-actores (para realizar acuerdos de cooperación entre actores públicos y privados) y en multi-niveles (para vincular y coordinar diferentes niveles de iniciativa y responsabilidad).

Estas observaciones (y los diagnósticos que de ellas se desprenden) se han realizado en tres niveles complementarios. En el plano nacional, estas observaciones se realizaron desde los años 70-80 en países de estructura federal, en donde los interrogantes sobre la crisis de gobernabilidad de la acción pública (el asunto de la *governability*) se manifestaron rápidamente. Los investigadores estudiaron sistemas de decisión fragmentados y la coordinación que procuraba aportar, en particular el "federalismo cooperativo", es decir, un estilo de gobierno, que en Alemania procedía sistemáticamente por implicaciones y compromisos recíprocos (*Verpflichtungspolitik*) entre la República federal, los Estados miembros (*Länder*) y las comunidades urbanas. En este marco de relaciones multiniveles, la coordinación, manejada por conferencias permanentes y comisiones de trabajo *ad hoc*, eran de naturaleza horizontal y vertical. Con tales dispositivos, se ganaba en flexibilidad y en pragmatismo, pero no verdaderamente en claridad y simplicidad… Este tipo de gobernanza multilateral se encuentra sin embargo todavía hoy en día en muchos países europeos que, sin ser Estados federales, están marcados por profundos procesos de descentralización o regionalización. En este contexto, la cooperación así organizada no concierne únicamente a los actores públicos, la flexibilidad y el pragmatismo de la cogestión implican también a numerosos operadores económicos (por ramas, regiones, o directamente empresas, sindicatos de trabajadores y asociaciones sin ánimo de lucro que representan residentes o intereses colectivos).

Estas modalidades de cooperación entre varios tipos de actores y de escalas de iniciativa se encuentran también en los niveles de dirección de las grandes ciudades. Incluso en los países en donde los poderes públicos urbanos están menos fragmentados que en Francia, el asunto de las relaciones intercomunales a escala urbana sigue siendo un tema de actualidad respecto a la elaboración de estrategias de desarrollo y del uso de los suelos, al *partenariat*

público-privado y a la puesta en común de los medios financieros. El manejo de estos temas en las grandes aglomeraciones requeriría por lo tanto de lo que algunos llaman una gobernanza urbana multinivel (Lefèvre y Offner, 1993), o al menos de la institución de una escala de responsabilidad política específica y de formas de coordinación adaptadas a los niveles territoriales más pequeños (municipios) o más grandes (departamentos, provincias, regiones, autonomías, etc.).

A otra escala, el movimiento de integración política de la Unión Europea suscita observaciones de la misma naturaleza. En efecto, la integración europea da origen a un nivel adicional de iniciativa, de financiación y de seguimiento de las políticas. Al mismo tiempo, esas acciones europeas siguen estando relacionadas con los Estados miembros y articuladas en torno a proposiciones y proyectos locales. Se instala por lo tanto una cadena de manejos y de cooperación multiniveles que implica una importante coordinación, respecto a la negociación de objetivos, a la organización de modalidades de seguimiento y a la evaluación. Algunos observadores han diagnosticado en este nuevo estilo de definición y manejo de las políticas públicas, el surgimiento de una gobernanza multinivel en la que el Estado no estaría propiamente marginalizado, pero al menos sí relativizado (Pech, 2004).

2. … o un enfoque muy normativo del "buen gobierno"

La gobernanza también se ha asimilado a la regulación mundial de esferas de actividad colectiva cuando los objetivos compartidos no son definidos por instancias estatales y no se aplican mediante la fuerza pública. Una hipótesis que valoriza evidentemente el rol de los actores privados, con ánimo de lucro, y sobretodo a ONGs de todos los tipos. Esta configuración ha sido analizada a escala nacional (Kooiman, 1993) y a la escala de las relaciones internacionales (Rosenau y Czempiel, 1992). Algunos incluso lanzan la hipótesis de una posible "gobernabilidad mundial": un conjunto de reglas, principios y procedimientos que se aplicaría a las actividades que traspasan las fronteras y que procedería de negociaciones entre organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y diversas redes (defensa de los derechos

del hombre, de los derechos sociales). Allí también la relativización del nivel estatal parece estar en juego, así como la marginalización de las relaciones internacionales construidas clásicamente sobre relaciones inter-estatales (Gaudin, 2004).

En ese caso, hay que admitir sin embargo que el tema de la gobernanza ha movilizado menos la literatura universitaria que la doctrina de las organizaciones internacionales. Pues las posiciones más significativas en este ámbito han venido de la reflexión recuente del Banco Mundial y de los usos prácticos que de ella ha hecho esta institución ante otras organizaciones internacionales tales como la Unión Europea (*Libro blanco sobre la Gobernanza*, 2001) desde los años 90. Después de la postguerra (caída del Muro de Berlín y fin del mundo bipolar) el Banco Mundial revaluó su modo de actuar y desde entonces ha sido más libre para no prestar su ayuda a los regímenes abiertamente clientelistas o corruptos pretendiendo transformarse en una escuela de la democracia occidental. Así, el Banco anunció que ligaría, en adelante, su ayuda a la presencia de administraciones honestas, al surgimiento de nuevas elites de administración en particular en los ámbitos locales y urbanos y a una desburocratización que le abra espacio a una administración pública dispuesta a cooperar con el mercado y con las empresas privadas. He allí una *good governance*, una gobernanza que se despliega a la vez en los planos local, nacional e internacional. Esta doctrina, que se ha elaborado desde 1996, ha conocido aplicaciones desiguales, dado que, globalmente, ni las decisiones discrecionales para el apoyo de determinados regímenes, ni las consideraciones geopolíticas han desaparecido de las prácticas del Banco Mundial.

B. La regulación política: coordinaciones, organizaciones e información

En una perspectiva menos marcada por las modas intelectuales y las obstrucciones de los responsables políticos, son las teorías contemporáneas de las organizaciones y de la información las que permiten construir análisis de la coordinación de los actores y de la regulación política (Commaille et Jobert, 1999).

1. Coordinaciones de los niveles de gobierno y de los tiempos de acción

En un contexto hecho a la vez de descentralizaciones infra estatales fuertes y de creciente integración europea, con frecuencia se evoca, como hemos visto, la perspectiva de formas de gobierno (o de gobernanza) "multiniveles". Así se denomina el desarrollo de cooperaciones intensas entre distintos niveles de responsabilidades y de competencias que no corresponden a esquemas centralistas, y que tampoco se inscriben necesariamente en marcos federalistas.

Sin embargo, gobierno "multiniveles" no significa únicamente que numerosos niveles de competencias estén implicados, sino también que las capacidades de iniciativa se han redistribuido y son efectivas en los diferentes niveles. ¿Esto quiere decir que cada nivel, local, nacional o de unión económica regional tiene los mismos poderes? En realidad, las configuraciones multiniveles no están exentas de tensiones en las relaciones de poder y en particular de dinámicas políticas, ascendentes o descendientes (como clásicamente en los Estados centralizados), o de una combinación de ambas. Es necesario entonces recurrir a claves de análisis que permitan caracterizar y ponderar estas distintas dinámicas, en este sentido se aplicó en Francia la sociología de las organizaciones durante los años sesenta, y en particular a las relaciones políticas de tipo centro-periferia (Grémion, 1977, Thoenig, 1987). Las formas de regulación cruzada entonces observadas habían mostrado que el contexto de cada sistema de decisión crea restricciones para quienes deciden, pero que este puede al mismo tiempo implicar recursos valiosos. Estas formas de regulación también traducían la existencia de intercambios, equilibrados o asimétricos, de capacidad de acción entre los actores administrativos y políticos presentes en una misma política pública.

Así, lo que era ilustrativo en un contexto todavía centralizado, lo es aún más en un contexto de gobierno multiniveles. Más allá de los organigramas, de las competencias oficiales, de las declaraciones de buena voluntad y de los alardes de cooperación, hay que saber en efecto discernir las relaciones efectivas de poder. Es decir, caracterizar la eventual asimetría de las capacidades de acción, pero también los posibles intercambios entre recursos políticos de diferente

naturaleza (conocimiento técnico, imagen política, competencias relacionales, etc.). En la actualidad, el análisis de las coordinaciones asimétricas se apoya por lo tanto a la vez en los desarrollos contemporáneos de la sociología de las organizaciones (Duran, 1999; Friedberg, 1993) y en los análisis relacionales de tipo *type policy networks*, que permiten caracterizar las formas de jerarquización, de estabilización y de apertura de las redes de decisión de múltiples actores. Desde este punto de vista, parece que en Francia y en varios países, el Estado no ha perdido toda su centralidad o, al menos, que todavía sigue estando en el centro de las relaciones de poder gracias en particular a sus recursos en conocimientos jurídico-técnicos y en medios financieros.

Otra dimensión clave en el análisis de las regulaciones políticas es la de las temporalidades de la acción.

El plural aquí es de rigor, porque es la pluralidad y la diversidad de esos ritmos temporales la que dificulta y contribuye a la complejidad de las regulaciones políticas que están en juego. En efecto, frecuentemente hay desfases cronológicos que surgen de las especificidades jurídicas y financieras de cada uno de los procedimientos realizados por los actores públicos, a estos se añade, en el caso de los *partenariat* la cronología contable de los actores privados y los ritmos de evolución de los mercados. Sin embargo, algunos ajustes políticos todavía no se han estudiado suficientemente. Se trata de los ajustes de definición y de conducción de las políticas públicas, de los ritmos regulares y estrechos de las elecciones, puesto que éstos se realizan entre etapas y a menudo toman bastante tiempo. Con frecuencia se considera en la actualidad que las referencias, que parecen convergentes, a la "eficiencia", podrían ser suficientes para articular entre en ellas esas temporalidades. Sin embargo, todavía no se ha comprobado que la legitimación por la eficiencia, incluso cuando ésta está establecida, sea suficiente por sí misma. Las variables del apoyo electoral se muestran siempre mucho más diversificadas y polisémicas y las legitimidades más tradicionales siguen teniendo un peso simbólico importante. Queda por ver si la multiplicación de los debates públicos con ocasión de concertaciones ligadas a operaciones de infraestructura permitirá una coordinación más estrecha entre la temporalidad de las consultas políticas y aquellas de la acción pública.

2. La información estratégica

Por otra parte, los enfoques de análisis de la regulación política se apoyan considerablemente en las teorías de la información. Toda acción, individual o colectiva, moviliza "información" y la produce también en retorno. En este sentido, se debe comprender la información en un sentido general, como el conjunto de las referencias cognitivas que permiten organizar opciones de elección o que indirectamente las estructuran.

La caracterización de las opciones de elección de quien decide, lo hemos dicho anteriormente, se conceptualizó primero en términos de utilidad óptima y de interés, y la influencia de los economistas neo-marginalistas (como Hayek) la llevó al interés económico. En reacción, sin embargo, otros análisis prefirieron acentuar el hecho de que las políticas públicas se argumenten y definan en función de objetivos conocidos que remitan invariablemente a normas sociales, a valores colectivos, o incluso, dicen ciertos autores, a "visiones del mundo" (Muller y Surel, 1998). Este enfoque ha encontrado un interés creciente en la ciencia política desde hace varios años, y ha originado en particular la problemática de los *referenciales*, noción que hoy en día está omnipresente en el uso cotidiano, lo que no debe ocultar la rigurosa construcción teórica que de ella se ha hecho en esta disciplina (Jobert y Muller, 1987; Faure, Pollet y Warin, 1995).

De forma más general, los enfoques constructivistas de la realidad (Berger y Luckmann, 1986) han estimulado una serie de investigaciones que, en el análisis de la acción pública, trataban de la forma en que emergen los referentes compartidos que remiten a un momento preciso para un modo de acción dado. Así, se privilegiaron los valores que se encuentran en la intersección de las preocupaciones de diferentes actores, valores que adquieren por lo tanto un rol de coordinación. Es el mismo estado de espíritu que encontramos en los juegos llamados "cooperativos", juegos tipificados y modelados en el marco de la teoría de los juegos.

Pero esta perspectiva encuentra a su vez sus propios límites, al enfocarse cada vez más sobre aquello que es objeto de consenso y acuerdo (Sabatier y Jenkins-Smith, 1993).

Conviene entonces reunir las diferentes facetas de la teoría de la información. Es decir, no apegarse únicamente a la información que une o que es divisible, haciendo a un lado la información que además puede ser privatizada, retenida o filtrada (cf. los juegos llamados "estratégicos", elaborados por la teoría de juegos). Desde este punto de vista, la sociología de las organizaciones hacía la primera crítica de fondo respecto al paradigma de la elección racional al subrayar con justicia que (pero con un razonamiento puramente económico) la información nunca puede ser total, pues tiene un costo elevado, a veces superior a lo que puede aportar como ventaja (Simon, 1983). Se debe añadir entonces, que la información es también casi siempre objeto de una distribución asimétrica, pues puede ser retenida, filtrada, desviada, etc. En los juegos estratégicos más desarrollados, se ha llegado a modelar la elasticidad de esas asimetrías de información para las partes que toman la decisión (Giraud, 2000). Sin embargo, no se trata de quedarnos con un enfoque simplemente centrado en la "estrategia" de la regulación-coordinación entre actores. En efecto, el análisis de la información distribuida supone que también se caractericen los esquemas culturales que están en presencia al momento de esa distribución, esquemas que hacen que cierta información aparezca como verdaderamente pertinente o no para un actor en un momento determinado (cf. el caso, bastante clásico, de los informes de los servicios secretos que los gobernantes no saben movilizar).

Dicho de otra forma, la teoría de la información debe poder comprenderse en sus múltiples dimensiones, con el fin de aprehender a la vez las razones utilitarias y simbólicas de la acción, así como las dimensiones cooperativas de las políticas públicas y las de sus competidores estratégicos. Es decir, todas las facetas actuales de la regulación política.

***

En función de esas evoluciones recientes y de esas nuevas perspectivas de análisis, muchos observadores de la vida política en Europa se interrogan hoy en día sobre el surgimiento de una verdadero "Estado regulador". Esta hipótesis se interpreta como un cambio de lugar del Estado, en el cuestionamiento de las funciones clásicas de administrador e interventor en las esferas económicas y sociales, para pasar a asumir un nuevo rol de

"repartidor del juego" en un contexto de liberalización económica, de controlador de los procedimientos, y de facilitador de los ajustes entre los actores no estatales. Pero, más allá de esta forma empírica de "gobernanza", la regulación política debe comprenderse, más en profundidad, como un análisis construido, como lo hemos visto, de formas organizacionales y cognitivas de coordinación multi-agentes al interior de la acción pública contemporánea.

Bibliografía

Berger, L., Luckman, T., 1986. *La construction sociale de la réalité.* París, Klincksieck.

Buchanan, J.M., Tullock, G., 1962. *The calculus of consent: theory of public choice*. University of Michigan Press.

Charillon, F., 2002. *Politiques étrangères*. París, Presses de Sciences Po.

Chevallier, J., 1998. "Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique", *Revue du droit public.*

Colliard, C., Timsit, G., 1988. *Les autorités administratives indépendantes.* París, PUF.

Commaille, J., Jobert, B. (dir.), 1999. *Les métamorphoses de la régulation politique*. París, LGDJ.

Dubois, J., 1997. *Communautés de politiques publiques et projets urbains.* París, La Découverte.

Duran, P., 1999. *Penser l´action publique*. LGDJ.

Duran, P., Thoenig, J.C., 1996. "L´État et la gestion publique territorial"*, Revue française de science politique*, 4.

Fassin, D. (dir.), 1998. *Les figures urbaines de la santé publique*. París, La Découverte.

Faure, A., Pollet, G., Warin, Ph. (dir.), 1995. *La construction de sens dans les politiques publiques.* París, L´Harmattan.

Flückiger, A., 2004. *Régulation, dérégulation, autorégulation: l´émergence des actes étatiques non obligatoires.* Raaports et communications de la Societé Suisse des juristes, 2004-II.

Friedberg, E., 1993. *Le pouvoir et la règle*, París, Le Seuil.

Gaudin, J.P., 1999. *Gouverner par contrat*. París, Presses de Sciences Po.

Gaudin, J.P., 2004. *L´action publique*. París, Dalloz.

Giraud, G., 2000. *La théorie des jeux*. París, Flammarion.

Grémion, P., 1976. *Le pouvoir périphérique*. París, Le Seuil.

Jobert, B., 1992. "Représentations sociales, controverses et débats dans la conduite des politiques publiques"*, Revue française de science politique*, 2.

Jobert, B., Muller, P., 1987. *L´État en action*. París, PUF.

Jones, Ch., 1970. An Introduction to the Study of Public Policy. Belmont, Duxbury Press.

Kooiman, J. (ed.), 1993. *Modern Governance.* Londres, Sage.

Lefevre, C., Offner, M., 1993. "La gouvernance urbaine, entre décisions publiques territoriales et politiques locales", *Cahiers du Latts.*

Marcou, G., Rangeon, F., Thiébault, J.L, 1997. *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes.* París, L´Harmattan.

Muller, P., Surel, Y., 1998. *L´analyse des politiques publiques*. Clefs-Montchrétien.

Ost, F., Kerchove de M., 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Éditions de la Faculté universitaire de Saint Louis.

Rosneau, J., Czemplied, E., 1992. *Governance without Government: Order and Change in the World*. Cambridge, Cambridge University Press.

Sabatier, P., Jenkins-Smith, H.C., (eds.), 1993. *Policy Change and Learning*. Boulder (Col.), Westview Press.

Schmitter, Ph., Lehmbruch, G., (eds.), 1982. *Patterns of corporatist policy-making*. Londres, Sage.

Simon, H., 1983. *Administration et décision*. París, Economica.

Thoenig, J.C., 1987. *L´ère des technocrates.* París, L'Harmattan, 2a ed.

Los autores

Martin Bullinger
Profesor emérito de la Universidad de Friburgo.

Julio Rodolfo Comadira
Profesor de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Austral de Buenos Aires.

Dominique Custos
Profesor de la Universidad de Caen y de la Universidad de Loyola (Nueva Orleans).

Francis Delpérée
Profesor de la Universidad Católica de Lovaina.

Paul Laurent Frier
Profesor de la Universidad de París I, Panteón-Sorbona.

Jean Pierre Gaudin
Profesor de ciencia política en el IEP de Aix-en-Provence.

Jean-Michel Glachan
Profesor de ciencias económicas en la Universidad de París XI, París Sur Orsay.

Eros Roberto Grau
Profesor de la Universidad de Sao Paulo, juez del Tribunal Supremo Federal.

John Mac Eldowney
Profesor de la Universidad de Warwick.

Gérard Marcou
Profesor de la Universidad de París I, Panteón-Sorbona.

Franck Moderne
Profesor emérito de la Universidad de París I, Panteón-Sorbona.

Domingos Païva de Almeida
Asistente de Investigación y Enseñanza de la Universidad de París I, Panteón-Sorbona.

Stéphane Rodrigues
Catedrático de la Universidad de París I, Panteón-Sorbona.

Domenico Sorace
Profesor de la Universidad de Florencia.

Gérard Timsit
Profesor emérito de la Universidad de París I, Panteón-Sorbona.

Índice del Tomo II

Experiencias europeas

Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional en Alemania
Martin Bullinger

El derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional: el caso de Bélgica
Francis Delpérée

Regulación de los servicios públicos en Dinamarca
Ulla Neergaard

Regulación y servicios públicos en España
Elisanda Malaret, Marta Timone

Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional en Finlandia
Heikki Kulla

Regulación, servicios públicos e integración en Francia
Gérard Marcou

Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional: el caso de Grecia
George Dellis

Regulación y servicios de utilidad pública en Italia
Domenico Sorace, Simone Torricelli

Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional: el caso de Portugal
Manuel Porto

Derecho, regulación y servicios públicos: una perspectiva británica
John F. MacEldowney

Este libro fue compuesto en
caracteres Caxton Light de 10 puntos,
impreso sobre papel propal de 70 gramos
y encuadernado con método Hot Melt,
en el mes de agosto de 2009,
Bogotá, D.C., Colombia,