Revista de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Julio 2018. Volumen 3 ISSN: 2215-4787

REGULACIÓN Y SOCIEDAD

EDICIÓN ESPECIAL

Congreso Iberoamericano de Regulación

aresep
AUTORIDAD REGULADORA
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Comité Editorial:

Luis Cubillo
Heilen Díaz
Ricardo Matarrita
Donald Miranda
Carolina Mora

Invitado especial:
Luis Ortiz

Diseño e impresión:
Handerson Bolívar Restrepo - Jander Bore | Tetey Molina
www.altdigital.com

Congreso Iberoamericano de Regulación

Presentación 1

Inroducción 3

La autonomía de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y el control jurisdiccional 5
Carol Solano, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos

Derecho humano al agua potable 22
Víctor Rafael Hernández-Mendible
Profesor de la Universidad de Monteavila, Venezuela

Tecnologías disruptivas y economías colaborativas ¿Se requiere regulación? El caso de UBER 39
Luis A. Ortiz Zamora
Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho

Prerrogativas de la administración en los contratos de participación público-privada 52
Pablo E. Perrino
Presidente de ASIER, Argentina

La regulación económica: su sentido, fallos y alternativas 73
José Carlos Laguna de Paz
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid, España

De la regulación nacional a la regulación supranacional: el caso del régimen de la competencia en el mercado eléctrico de América Central(MER) 91
Luis Ferney Moreno
Profesor de la Universidad Externado, Colombia

Presentación

Roberto Jiménez Gómez
Regulador General

Para la ARESEP es un honor publicar este número de la revista Regulación y Sociedad que presenta artículos destacados y representativos del Congreso Iberoamericano de Regulación. Para la institución ha sido un honor poder contribuir junto con el Colegio de Abogados de Costa Rica y la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, a realizar esta actividad en el mes de noviembre. Este Congreso forma parte del enfoque que la institución ha ido tomando en los últimos años: abrir espacios de discusión, reflexión, análisis técnico y a tener una perspectiva amplia de la regulación tanto geográfica como conceptualmente.

En este número especial se presentan artículos de diferente orientación, uno se trata de la ARESEP sobre su autonomía y el marco jurisdiccional. Un segundo artículo analiza el derecho humano al agua potable, a propósito de la regulación que en Costa Rica se tiene de este servicio.

Un análisis que se hace es de las prerrogativas de la administración en los contratos de participación público-privado; considerando la relevancia que ha nuestro criterio puede tener esta figura en la prestación de servicios públicos y el desarrollo en general de infraestructura, básica para el desarrollo.

Nos plantea un artículo sobre una temática que debemos analizar y es la regulación económica: su sentido, fallas y alternativas. En ese sentido la definición de los objetivos, alcances y medios son elementos que los entes reguladores debemos estar siempre analizando y cuestionado, para replantear y recomendar a quienes les compete la labor directa de definir el espacio de la regulación: el legislador.

Interesante es el artículo relacionado con la regulación supranacional expresada en el MER, que es un ejemplo cercano en donde el sector eléctrico de Costa Rica ha estado inmerso y la ARESEP ha tenido un papel activo. En que medida lo regional influye sobre lo nacional, y viceversa, en el ámbito regulatorio y como se compatibilizan en todos los ámbitos son temas de reflexión.

Esperamos que esta revista sea de utilidad en Iberoamérica y uno de los primeros pasos para que la internacionalización se convierta en un medio para que la ARESEP siga desarrollando cada vez, con más rigor y perspectiva amplia, la regulación con propósito que deseamos, para contribuir a la calidad de vida y bienestar de los habitantes de Costa Rica.

Introducción

Los días 24 y 25 de noviembre de 2017, se llevó a cabo el XII Congreso Iberoamericano de Regulación Económica y Servicios Públicos organizado por la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP). A pesar de la brillantez de todas y cada una de las setenta exposiciones presentadas, por motivos estrictamente de espacio, se publican en este volumen tan solo seis, sin perjuicio de incluir otras en los volúmenes subsiguientes.

Así inaugura este volumen Carol Solano, Directora Jurídica de la ARESEP, con un interesante artículo intitulado "La autonomía de la ARESEP".

El Dr. Víctor Hernández-Mendíble, profesor venezolano en diversas universidades de Colombia, España, México y Venezuela, se ocupa del "Derecho humano al agua".

"Tecnologías disruptivas y economías colaborativas. ¿Se requiere regulación? El caso de UBER" es el polémico estudio que le sigue, elaborado por quien presenta este volumen, secretario de ASIER y profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho.

El Dr. Pablo Perrino, actual presidente de ASIER, presenta su trabajo sobre "Prerrogativas de la administración en los contratos de participación público-privada", al hilo de la reciente y muy novedosa Ley de Contratos de Participación Público-Privada de su natal Argentina.

El Dr. José Carlos Laguna De Paz, catedrático de la Universidad de Valladolid, España, autor de la obra "Derecho Administrativo Económico", ilustra en esta oportunidad con su estudio sobre "La regulación económica: su sentido, fallos y alternativas".

Y finalmente, el Dr. Luis Ferney Moreno, director del Departamento Minero-Energético de la Universidad Externado de Colombia, desarrolla el tema "De la regulación nacional a la regulación supranacional: el caso del régimen de la competencia en el mercado eléctrico de América Central (MER)".

Como resulta fácil comprobar, los temas sobre los cuales versan los ensayos aquí presentados son no solo de la mayor actualidad, sino además transversales, pues hurgan –de una forma u otra– en todos los confines de este relativamente nuevo objeto de estudio que es la regulación económica. Esperamos, pues, la mayor y mejor acogida por parte de quienes tengan el interés de leernos y acompañarnos en esta pasión que es el estudio de la regulación económica.

San José, a los 16 días del mes de mayo de 2018.

Luis Ortiz
Secretario ASIER
Coordinador Académico
XII Congreso Iberoamericano de Regulación
Económica y Servicios Públicos

La autonomía de la Autoridad Reguladora y el control jurisdiccional

Carol Solano, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria,
Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos

La presente ponencia girará en torno a la Autonomía de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y el control jurisdiccional, para lo cual abordaremos los siguientes temas: 1. Sobre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos de Costa Rica, 2. El control jurisdiccional de los actos de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y 3. Reflexión final.

1. Sobre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos de Costa Rica

El Servicio Nacional de Electricidad fue transformado –*mediante la Ley Nº 7593 del 9 de agosto de 1996 y publicada en La Gaceta Nº 169 del 5 de setiembre de 1996, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos*– en una institución autónoma denominada Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (en adelante Autoridad Reguladora), con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como autonomía técnica y administrativa, cuyo objetivo primordial es ejercer la regulación de los servicios públicos, establecidos en el Artículo 5 de dicha ley, entre los que destacan el suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización, el suministro de acueducto y alcantarillado, suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, riego y avenamiento, cualquier medio de transporte remunerado de personas, salvo el aéreo, los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales y transporte de carga por ferrocarril, entre otros.

De esa forma, es el ente competente para fijar las tarifas y precios de conformidad con las metodologías que ella misma determine y velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima de los servicios públicos que regula.

Para fijar tarifas y establecer las metodologías, la Autoridad Reguladora tiene competencias exclusivas y excluyentes, y así ha sido señalado por la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-329-2002 y la sentencia 005-2008 de las 9:15 horas del 15 de abril de 2008, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta.

En ese mismo sentido, también se tiene lo dispuesto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que en lo que interesa ha manifestado:

> ***"[...] V.-Fijaciones tarifarias. Principios regulatorios.*** *En los contratos de concesión de servicio público (dentro de estos el de transporte remunerado de personas), de conformidad con lo estatuido por los artículos 5, 30 y 31 de la Ley No. 7593, corresponde a la ARESEP fijar las tarifas que deben cancelar los usuarios por su prestación. Ese cálculo, ha de realizarse conforme al principio del servicio al costo, en virtud del cual, según lo señalado por el numeral 3 inciso b) de la Ley No. 7593, deben contemplarse únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad. Para tales efectos, el ordinal 32 ibídem establece una lista enunciativa de costos que no son considerados en la cuantificación económica. A su vez, el numeral 31 de ese mismo cuerpo legal establece pautas que también precisan la fijación, como es el fomento de la pequeña y mediana empresa, ponderación y favorecimiento del usuario, criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, eficiencia económica, entre otros. El párrafo final de esa norma expresa que no se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestatarias, postulado que cumple un doble cometido. Por un lado, se insiste, dotar al operador de un medio de retribución por el servicio prestado que permita la amortización*

de la inversión realizada para prestar el servicio y obtener la rentabilidad que por contrato le ha sido prefijada. Por otro, asegurar al usuario que la tarifa que paga por el transporte obtenido sea el producto de un cálculo matemático en el cual se consideren los costos necesarios y autorizados, de manera tal que se pague el precio justo por las condiciones en que se brinda el servicio público. Este aspecto lleva a que el proceso tarifario constituya una armonía entre ambas posiciones, al punto que se satisfagan los derechos de los usuarios, pero además el derecho que se deriva del contrato de concesión, de la recuperación del capital y una ganancia justa. Por ende, si bien un principio que impregna la fijación tarifaria es el de mayor beneficio al usuario, ello no constituye una regla que permita validar la negación del aumento cuando técnicamente proceda, siendo que en esta dinámica debe imperar un equilibrio justo de intereses, lo que logra con un precio objetivo, razonable y debido. En su correcta dimensión implica un servicio de calidad a un precio justo. Con todo, el incremento tarifario dista de ser un fenómeno automático. Está sujeto a un procedimiento y su viabilidad pende de que luego del análisis técnico, se deduzca una insuficiencia económica. En este sentido, la ARESEP se constituye en la autoridad pública que, mediante sus actuaciones, permite la concreción de esos postulados que impregnan la relación de transporte público. ***Sus potestades excluyentes y exclusivas le permiten establecer los parámetros económicos que regularan (sic) el contrato, equilibrando el interés del operador y de los usuarios"*** *(Resolución, 2007).*

Luego de analizar las generalidades de la Autoridad Reguladora, debo analizar lo dispuesto en el Artículo 1 de la Ley Nº 7593, que dispone lo siguiente:

Artículo 1.- Transformación

Transfórmese el Servicio Nacional de Electricidad en una institución autónoma, denominada Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en adelante y para los efectos de esta Ley llamada Autoridad Reguladora. La Autoridad Reguladora tendrá personalidad jurídica y patrimonio propio, así como autonomía técnica y administrativa. Se regirá por las disposiciones establecidas en esta Ley, sus Reglamentos y las leyes que la complementen.

La Autoridad Reguladora no se sujetará a los lineamientos del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de las atribuciones que se le otorgan en esta Ley; no obstante, estará sujeta al Plan nacional de desarrollo, a los planes sectoriales correspondientes y a las políticas sectoriales que dicte el Poder Ejecutivo.

Específicamente sobre la autonomía técnica del ente regulador, la Procuraduría General de la República indicó en el Dictamen C-102-2006 lo siguiente:

"(...) Como institución autónoma la ARESEP goza del régimen de autonomía previsto en el artículo 188 de la Constitución Política. Pero a diferencia de otras entidades autónomas, la ley se encarga de señalar que la Autoridad tendrá una autonomía respecto del Poder Ejecutivo en lo que respecta al cumplimiento de sus atribuciones. Funciones que no son otras que la regulación de los servicios públicos enumerados en el artículo 5 de su Ley. Lo que implica que el Poder Ejecutivo no podrá emitir directrices directamente relacionadas con las atribuciones de la ARESEP. La excepción está referida al ejercicio de la función de regulación (...)" (Procuraduría General de la República, 2006).

Al tenor de lo anterior, a mi criterio, es claro que la Autoridad Reguladora debe considerar, en el ejercicio de sus funciones, las políticas públicas contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los planes sectoriales, el principio de servicio al costo para fijar las tarifas, las estructuras productivas modelo para cada servicio público y las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, según lo dispone la Ley Nº 7593 y la Ley General de la Administración Pública.

Lo anterior se vio reforzado mediante las reformas introducidas a la Ley Nº 7593 por la Ley Nº 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones del 29 de julio de 2008 y publicada en el Alcance 31 de La Gaceta 156 del 13 de agosto de 2008, mediante la cual se creó la Superintendencia de Telecomunicaciones como un órgano de desconcentración máxima de la Autoridad Reguladora, encargada de regular el mercado de las telecomunicaciones, producto de la aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y se actualizan y fortalecen sus potestades para el cumplimiento de su misión.

En este sentido, en el prólogo a la edición de la Ley de la Autoridad Reguladora, Ley Nº 7593, publicada por dicha entidad, el entonces Regulador General, señor Fernando Herrero Acosta, señaló como uno de los principales cambios en la ley, que tienden a actualizar y fortalecer las potestades de la Autoridad Reguladora para cumplir su misión, el siguiente:

a. Se reafirma a (sic) la independencia de la ARESEP en el cumplimiento de sus funciones, al establecer que esta institución no se sujetará a los lineamientos del Poder Ejecutivo, con excepción de las orientaciones del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes y políticas sectoriales.

Siendo que la Autoridad Reguladora es una institución autónoma que goza de autonomía técnica, financiera y administrativa y que la Ley Nº 7593 establece en su Artículo 1 que estará sujeta únicamente al Plan Nacional de Desarrollo, a los planes sectoriales y a las políticas sectoriales que dicte el Poder Ejecutivo, la injerencia del Gobierno en materia de fijación de tarifas de servicios públicos regulados cercenaría las competencias asignadas a la Autoridad Reguladora por una norma jurídica de rango superior (Ley Nº 7593), considerando que el marco que rige las fijaciones tarifarias responde a una metodología aprobada por la Junta Directiva con anterioridad.

2. *El control jurisdiccional de los actos de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos*

La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en su condición de institución autónoma, se encuentra sujeta al control jurisdiccional de sus actos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Jurisdicción Constitucional, la Jurisdicción Laboral, la Jurisdicción Civil de Hacienda y la Jurisdicción de Tránsito.

La cartera de procesos judiciales activos de la Autoridad Reguladora es de 335 al 3 de noviembre de 2017; de los cuales, 235 corresponden a procesos contencioso-administrativos, 20 procesos constitucionales, 6 procesos laborales, 3 procesos civiles de hacienda, 4 procesos de tránsito, 1 excequator y 66 procesos de cobro judicial, referidos a procesos cobratorios entablados por la Autoridad Reguladora contra prestadores del servicio público, morosos en el pago del canon de regulación o morosos en el pago de multas impuestas por prestación no autorizada del servicio público.

También existen casos en que, procurando la defensa de sus competencias, la Autoridad Reguladora se vio en la necesidad de interponer proceso contencioso-administrativo contra el Estado, tal y como sucedió en el caso del Decreto Ejecutivo N° 39757-MINAE, mediante el cual se decretó una "Política Tarifaria para los operadores de sistemas de agua potable y saneamiento denominada: "Universalización de los servicios públicos de agua potable y saneamiento (recolección y tratamiento de aguas residuales)", publicada el 30 de junio de 2016, en La Gaceta Digital N° 111, por considerar que dicho decreto es ilegal, porque invade competencias exclusivas y excluyentes del ente regulador.

En esa misma línea, el 12 de enero de 2017, mediante el acuerdo N°10-02-2017 del acta de la sesión ordinaria 02-2017, ratificada el 19 de enero de 2017, la Junta Directiva de la Aresep resolvió por unanimidad de los cuatro votos presentes lo siguiente:

> *"(...)*
>
> ***I.*** *Instruir al Regulador General, las Intendencias, Centro de Desarrollo de la Regulación y direcciones generales de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, que no apliquen de forma directa los planes y políticas sectoriales dictadas por el Poder Ejecutivo, relacionados con las competencias exclusivas y excluyentes de la Autoridad Reguladora, sin previo pronunciamiento de la Junta Directiva, sobre la compatibilidad de la disposición con la autonomía y competencias atribuidas a la Autoridad Reguladora y sobre la forma en que se implementará y aplicará, así como la operatividad de las mismas.*
>
> ***II.*** *Instruir a la administración para que de cara a la comunicación del Poder Ejecutivo de los planes y políticas sectoriales, incluido el Decreto Ejecutivo 39757-MINAE en lo que resulte aplicable, realice el análisis oportuno y presente lo que corresponda a la Junta Directiva.*
>
> ***III.*** *Ordenar a la Intendencia de Agua, suspender la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 39757-MINAE del 25 de abril de 2016, en las posteriores fijaciones tarifarias, a partir del comunicado de este acuerdo.*
>
> *(...)"*

Es importante destacar que actualmente existe una guía para la elaboración de políticas públicas elaborada por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica,

mediante la cual se procura orientar los procesos de planificación que realice el Estado costarricense.

Sin pretender ahondar en un asunto tan complejo como son los procesos de planificación estratégica y la forma de elaboración de una política pública, debe indicarse que estas alcanzan su objetivo a través de la intervención de diferentes actores, a los cuales se acude para que, en el ejercicio de sus competencias, encaminen acciones hacia la ejecución efectiva de la política.

No obstante, en defensa de las competencias y potestades de la Autoridad Reguladora, se cuestiona que en dicha política lo que se establezcan sean realmente pautas o un marco orientador a seguir, de modo que –si bien debe quedar claro lo que se pretende lograr vía tarifa para cumplir con el cometido público– no se definan o establezcan desde dicha política aspectos meramente técnicos y específicos que indiquen cómo se debe fijar la tarifa o alguna otra forma sobre cómo la Aresep debe ejercer su potestad tarifaria.

Es decir, desde el punto de vista de la Aresep, una política pública con incidencia tarifaria o no –o con cualquier otro enfoque que involucre competencias de entes o instituciones públicas que gocen de autonomía– debe ser cautelosa en cuanto a sus alcances, en el tanto exista claridad de que la política está diseñada para establecer el qué y para qué, y no precisamente el cómo.

El qué y el para qué refieren a la finalidad pública que se busca alcanzar y los motivos por los cuales esta es necesaria. El cómo resulta ser de un ámbito sensible, pues si bien la política debe establecer las pautas principales u orientadoras de cómo llegar al objetivo buscado e identificar cuáles sujetos intervinientes deben participar desde el ejercicio de sus competencias para colaborar, lo cierto del caso es que esa definición del cómo tiene sus límites, ya que el exceso o detalle en su definición puede conllevar la violación o intromisión en las competencias de aquel a quien le corresponde definir dichos aspectos.

De esta manera, no se puede dejar de lado que la Ley N° 7593 establece el marco legal dentro del cual debe actuar la Aresep, el cual –además de contemplar principios y criterios de gran importancia– también permite la definición de un marco técnico que establece la forma en que se debe realizar la labor regulatoria y específicamente, tarifaria.

Es así como no solo debe considerarse que puede existir una política a la cual se encuentra sujeta la Aresep, también debe tomarse en cuenta el marco legal y técnico que no se puede inobservar, y le permite valorar una gran cantidad de opciones técnicas sobre cómo hacer su labor. Si la política es restrictiva o impositiva técnicamente, tales opciones no podrían ser valoradas por la Aresep.

La consideración de tales opciones implica analizar y aplicar principios regulatorios de gran relevancia, como el servicio al costo, bienestar de las personas, unidad calidad-precio, universalidad, competencia, regulación eficiente, responsabilidad del prestador, iniciativa regulatoria, diálogo y participación y difusión de la información, así como criterios regulatorios de igual relevancia definidos en el Artículo 31 de la Ley N° 7593, como el de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica, además de disposiciones técnicas (instrumentos regulatorios) emitidas a la luz del Artículo 25 de la Ley N° 7593, entre otra normativa aplicable.

Una política pública no puede abstraer a la Aresep de la valoración de tales principios y criterios, sea restringiendo o eliminando su consideración, pues de este modo se estaría obligándola a hacer caso omiso de su autonomía técnica y del ejercicio objetivo e imparcial de sus competencias y potestades.

Con sustento en lo dicho, es preciso referirse a los alcances de la obligación de la Autoridad Reguladora de sujetarse al Plan Nacional de Desarrollo, los planes sectoriales correspondientes y las políticas sectoriales que dicte el Poder Ejecutivo.

Asimismo, el Artículo 45 de la Ley Nº 7593, en lo conducente dispone que [...] la Autoridad Reguladora estará facultada para establecer su organización interna, a fin de cumplir sus funciones [...]. En virtud de lo indicado, se puede concluir que la Autoridad Reguladora es un ente descentralizado que goza de una autonomía de segundo grado (política o de gobierno).

La autonomía política o de gobierno es la potestad de un ente público menor de fijarse sus propios fines, objetivos y metas. De esto pudiera surgir un conflicto entre este grado de autonomía y algunas de las potestades propias y típicas de la tutela administrativa en manos del ente director o ente público mayor (Estado). Es decir, conforme se asciende en los grados de autonomía, se desciende en la intensidad de la tutela administrativa.

Con lo anterior no se quiere decir que la Aresep –que goza de una autonomía política o de gobierno– esté totalmente exenta de cualquier forma de tutela, puesto que algunos órganos del ente público mayor siempre ejercen ciertos controles tutelares constitucionales sobre el ente regulador.

En ese sentido, dicho control se ejerce, por ejemplo, mediante lo dispuesto en el Artículo 1° de la Ley N° 7593, según el cual –como ya se dijo– la Aresep está sujeta a varias disposiciones o lineamientos de interés público, emanados del Poder Ejecutivo.

A lo largo de los años, los tribunales de justicia han emitido resoluciones que vienen a fortalecer las competencias exclusivas y excluyentes del ente regulador. Traemos a colación algunas resoluciones relevantes correspondientes a la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción constitucional.

Entre ellas destacan las siguientes:

En la Sentencia N° 36-2009-II de las 15:30 horas del 19 de febrero de 2009. TCA, Sección Segunda. Fijaciones tarifarias.

- Los criterios que debe considerar el ente regulador a la hora de determinar tarifas (alzas o bajas), se encuentran dirigidos a cubrir el principio de servicio al costo, permitiendo que los prestadores, a través de la retribución tarifaria, cubran los costos invertidos en la prestación tarifaria, manteniendo el equilibrio financiero de sus empresas.

- De conformidad con los principios que inspiran la Ley Nº 7593, se establece un esquema de regulación basado en el principio del servicio al costo, que significa que en la determinación de las tarifas y los precios, únicamente se contemplará en la ecuación financiera los costos necesarios para prestar el servicio, permitiendo una retribución competitiva, que garantice un adecuado desarrollo de la actividad por parte de los prestadores del servicio público que es lo que se denomina servicio al costo según lo dispone el artículo 3º de la norma de cita.

- La Autoridad Reguladora está obligada a aplicar, de cara al ejercicio de su competencia (fijar tarifas para los servicios regulados), metodologías que tienen como base el análisis de la estructura de costos de las empresas prestadoras de una forma específica (considera la existencia de una empresa modelo), sin perjuicio de otros instrumentos que pertenecen al procedimiento analítico y sintético que permiten calcular las tarifas conforme los principios previstos en las leyes.

- Sobre el tema la Sala Primera en el voto 577-2007, indicó "Si bien es cierto esa autoridad cuenta con una potestad discrecional técnica para establecer los modelos de cálculo, conforme al trámite previsto por ley, no sucede lo mismo en la fijación de las tarifas. Como parte del principio de legalidad, las tarifas deben establecerse a tono con los mecanismos debidamente establecidos para el efecto, mediante el procedimiento que contiene la Ley No. 7593 (audiencia pública). Así, una vez fijado el modelo de revisión tarifaria (que debe publicarse en el Diario Oficial), en tesis de inicio, es esta la herramienta de cálculo que debe utilizarse, y por ende, el instrumento que determina si existe o no distorsión financiera que deba enmendarse, lo que otorga certeza jurídica y constituye un parámetro de control de la actividad regulatoria de precios (Sala Primera, voto Nº 577-2007 de diez horas veinte minutos del 10 de agosto de 2007).

En la Sentencia Nº 53-2013 de las 9 horas del 15 de marzo de 2013. TCA, Sección Segunda. (Competencia de fijación tarifaria-límites a la discrecionalidad/Buses) (ver en sentido similar Resolución 125-2013-I de las 9:35 horas del 30 de setiembre de 2013, dictada por el TCA).

- Así el proceso tarifario debe constituir una armonía, al punto que se satisfaga los derechos de los usuarios, pero además el derecho que se deriva del contrato de concesión, de la recuperación del capital y una ganancia justa. Si bien un principio que impregna la fijación tarifaria es el de mayor beneficio al usuario, ello no constituye una regla que permita validar la negación del aumento cuando técnicamente proceda, siendo que en esta dinámica debe imperar un equilibrio justo de intereses, lo que logra con un precio objetivo, razonable y debido.

- El incremento tarifario dista de ser un fenómeno automático ya que está sujeto a un procedimiento y su viabilidad pende de que luego del análisis técnico, se deduzca una insuficiencia económica que afecta su equilibrio financiero. En este sentido, la ARESEP se constituye en la autoridad pública que, mediante sus actuaciones, permite la concreción de esos postulados que impregnan la relación de transporte público. Sus potestades excluyentes y exclusivas, le permiten establecer los parámetros económicos que regularán el contrato, equilibrando el interés del operador y de los usuarios.

- El procedimiento tarifario está sujeto a una serie de postulados que precisan su curso y que tiene por fin procurar que el acto final, propenda el establecimiento de una tarifa adecuada que permita la prestación eficiente del servicio, pero que constituya un precio justo para el usuario, destinatario final del servicio público y se encuentra sujeto al principio de legalidad, por lo que dicha fijación debe realizarse acorde a la metodología que de antemano ha sido establecida por la autoridad administrativa.

- La recomendación que formule el MOPT no es de carácter vinculante para la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, que posee facultades para aprobar, improbar o modificar la propuesta de aquel órgano. Las potestades que ostenta el ente regulador por disposición de ley, son de carácter exclusivo y por ende excluyente de cualquier otro órgano o ente público.

- La decisión final que adopte ARESEP, no es de carácter absolutamente discrecional. Si bien es cierto, esa autoridad cuenta con una potestad discrecional técnica para establecer los modelos de cálculo, conforme al trámite previsto por ley, no sucede lo mismo en la fijación de las tarifas. Como parte del principio de legalidad, las tarifas deben establecerse a tono con los mecanismos debidamente establecidos para el efecto, mediante el procedimiento que contiene la Ley N° 7593 (audiencia pública), por lo que una vez fijado el modelo de revisión tarifaria (que debe publicarse en el Diario Oficial), en tesis de principio, es ésta la herramienta de cálculo que debe utilizarse, y por ende, el instrumento que determina si existe o no distorsión financiera que deba enmendarse, lo que no solo otorga certeza y seguridad jurídica, sino que además constituye un parámetro de control de la actividad regulatoria de precios.

Resolución N° 78-2016-IV, de las 8:20 horas del 7 de setiembre de 2016. TCA. (Potestad discrecional de fijación tarifaria/energía).

- En torno a la sujeción normativa y disposiciones tarifarias de la Aresep, cabe destacar que es evidente la existencia de una relación de sujeción especial, en virtud de las especiales características de servicio público que posee la relación contractual/concesionaria que la empresa actora como generador privado mantiene para venta de energía hidroeléctrica con el comprador único el ICE por disposición de ley.

- Tal condición, la obliga a sujetarse al ente regulador en materia de la fijación de precios de los servicios públicos de conformidad con los artículos 5 y 31 de la Ley 7593 e impide que se desapliquen las normas vigentes para el caso concreto.

- Todo reclamo tendiente a que se mantenga la metodología aplicada inicialmente por la Aresep o una tarifa fijada, es abiertamente improcedente, ya que no existe un derecho amparado en el Ordenamiento Jurídico al mantenimiento de la tarifa o del método de cálculo por tratarse de un servicio público regulado, que impone el pago de un precio al costo y respetando el equilibrio financiero.

- El marco normativo en materia de fijación de precios del servicio público, exige que sean revisados y ajustados a la realidad sobre criterios fácticos, científicos o jurídicos en cumplimiento del interés público y en aplicación de los Principios de Inderogabilidad Singular de los Reglamentos e Igualdad, sin que la tarifa fijada y el método de cálculos puedan mantenerse estáticos en el tiempo.

Resolución N° 81-2016-VI de las 10:50 horas del 13 de mayo de 2017. TCA, sección Sexta (Competencia para evaluar la calidad del combustible y hacer pública la información/ Hidrocarburos, potestad fiscalizadora).

- Las competencias legales que facultan a la Aresep para evaluar la calidad de los combustibles y de las estaciones de servicio, según lo establecido en los artículos 5 inciso d), 6, 21 de la Ley No. 7593 Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, se trata de una potestad que supone un poder de actuar pero a la vez un deber de hacerlo para la tutela de los intereses públicos de los consumidores (usuarios), que está llamada a tutelar.

- En este tipo de relaciones triangulares, los derechos de los usuarios deben ser satisfechos y tutelados por la autoridad fiscalizadora, sea de oficio o por denuncia. En estos casos, se trata de información relevante que incide en la decisión del usuario de utilizar un determinado centro de abastecimiento o expendio de hidrocarburos.

Resolución N° 116-2015-VIII, de las 9:00 horas del 10 de diciembre de 2015, dictado por el TCA, Sección Octava (Competencia de velar por la prestación de servicios, trámite de quejas/ Recope, potestad fiscalizadora).

- Deber legal de la Autoridad Reguladora para velar por la prestación de los servicios públicos. En el artículo 4 de la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, se establece como uno de sus objetivos fundamentales, la armonización de los intereses de los consumidores, usuarios y prestatarios de los servicios públicos.

- La ARESEP no solo fija las tarifas, sino también deberá velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, del servicio público del que se trate. Por otra parte, los artículos 27 y 28 de la misma ley, establecen que las quejas de los usuarios con respecto a los servicios públicos, se tramitarán conforme con el procedimiento ordinario previsto en la LGAP y se tomarán las medidas correctivas necesarias. Es decir, que las disposiciones para la corrección de las quejas de los usuarios, serán actos administrativos, con todos los elementos formales y materiales previstos en la LGAP a partir del artículo 128.

Resolución N° 75-2010 de las 14:00 horas del 31 de agosto de 2010, TCA, Sección Octava (Competencia de regulación fijación tarifaria/ Buses).

- En primer término, debe indicarse que la Ley No. 7593 Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en su artículo 5 establece las competencias regulatorias legalmente asignadas a dicha entidad en relación con la prestación de los denominados servicios públicos económicos, enumerando dentro de dicho listado, taxativo por su propia naturaleza en virtud de su contenido jurídico al otorgar potestades de imperio, la de fijar las tarifas para el servicio público de transporte remunerado de personas modalidad autobuses, contemplado dentro de su inciso f) que expresamente hace referencia a "Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo", incluyéndose el que nos ocupa.

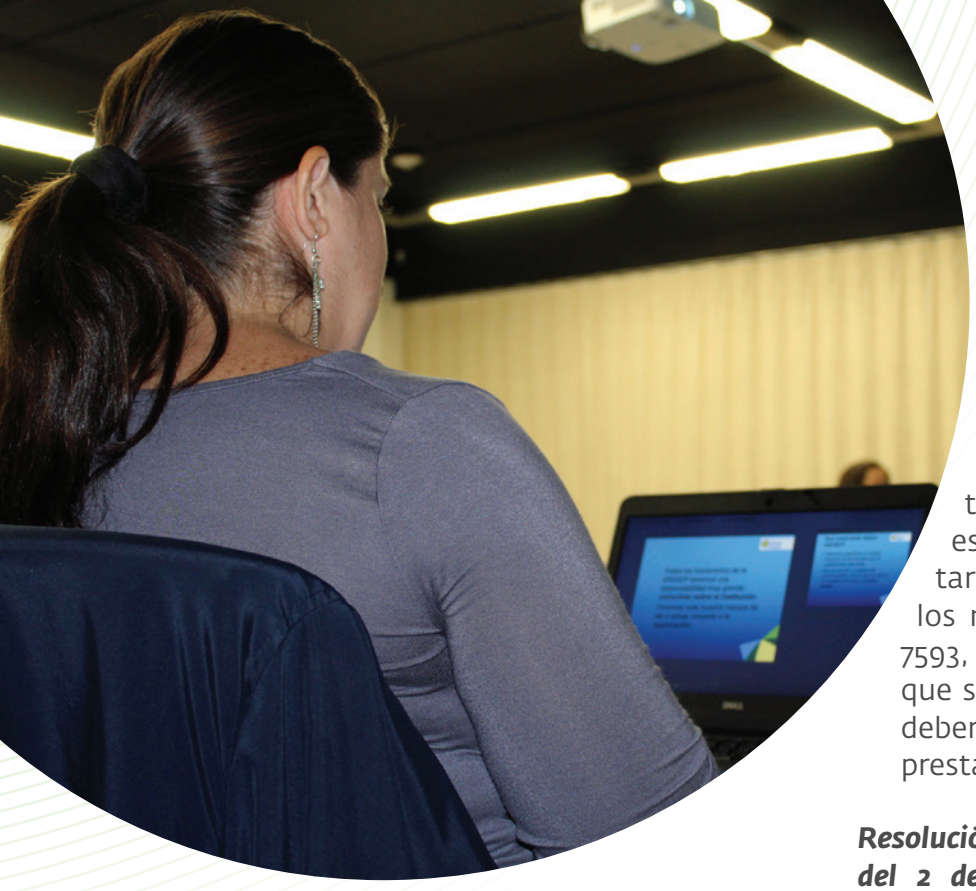
- En ese tanto, resulta imperiosa la sujeción de la actora al mandato jurídico impuesto legalmente, en el tanto el servicio público por ella prestado y del cual es concesionaria, debe ser prestado al precio que determine la Autoridad Reguladora

mediante los procedimientos de fijación tarifaria por ley y reglamento establecidos, entre otros, en los numerales 30, 31 y 36 de la Ley 7593, además en estricta observancia del principio de servicio al costo, tomando en consideración los gastos de operación para la actividad en que debe incurrir el prestatario con el fin de lograr el ejercicio eficiente, continuo, universal –y demás que le informan en razón de su carácter de servicio público–, así como una utilidad razonable para el desarrollo mismo de la prestación del servicio, tomando en consideración siempre la vigencia del derecho al equilibrio económico que ostenta el prestatario, de conformidad con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que al efecto resulten aplicables.

- Pero el numeral no sólo confiere a la entidad demandada la potestad de regular los aspectos varios de la prestación del servicio, en atención a los principios que le informan por su naturaleza jurídica, denominados doctrinariamente como principios de Roldan, mismos que se encuentran plasmados en la ley No. 6227 Ley General de la Administración Pública –continuidad, eficiencia, universalidad, igualdad, adaptación a todo cambio, eficacia, entre otros–, a los cuales se encuentra sujeto el operador o prestatario del servicio; sino que además la norma citada confiere de manera expresa la competencia a la ARESEP para realizar las fijaciones tarifarias, que como contraprestación por la utilización del mismo deberá cubrir el usuario.

- Ese precio que cubrirá el usuario, debe de fijarse por la ARESEP en atención y aplicación del denominado "principio de servicio al costo", definido en el artículo 3 inciso a) de su ley constitutiva, lo cual implica que los prestatarios de los servicios

regulados deberán cobrar las tarifas técnicamente establecidas por el ente regulador, mismas que deben cubrir los gastos estrictamente necesarios en que incurra el concesionario o permisionario –según corresponda–, para la prestación del servicio de manera acorde con los principios propios del servicio público indicados supra, mas no aquéllos gastos superfluos o que no resultan indispensables para la operatividad efectiva y eficiente del mismo, pero garantizándole a su vez la obtención de una utilidad razonable, que haga atractiva la actividad al permitirle una retribución competitiva (sin dejar de lado que por tratarse de actividades reguladas y por el interés público que las mismas revisten, no puede ésta catalogarse como una actividad estrictamente lucrativa, a diferencia de lo que ocurriría si se desarrollara en el ámbito del derecho privado.



- No se puede entender –bajo ningún supuesto válido–, que el prestatario tiene derecho a una tarifa que él estime como la adecuada o a un monto específico como retribución para la prestación del servicio. Tiene derecho a una tarifa para su actividad, la que corresponda técnicamente; pero no a una que él estime como la procedente o la única que considere le permitirá obtener la rentabilidad que pretende y desarrollar su actividad prestacional. En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, en los votos No. 1407-2008, número 2005-16236 de las 15:27 horas del 29 de noviembre de 2005, voto No.5153-98 de las 10:39 horas del 17 de julio de 1998, voto No. 02514-08 de las 18:33 horas del 7 de abril de 1999, voto No. 02699-99 de las 15:15 horas del 14 de abril de 1999. En esos pronunciamientos jurisprudenciales, –cuya vinculancia resulta imperativa en virtud de su carácter erga omnes, de conformidad con el artículo 13 de la ley 7135 Ley de la Jurisdicción Constitucional–, se concluye diáfanamente que el prestatario del servicio no ostenta derecho alguno a una determinación tarifaria específica, o bien a una tarifa por él propuesta o la que por su parte estime es la correcta; pero sin perjuicio de lo anterior, sí tiene un derecho subjetivo a que se le fije una tarifa, siguiendo los procedimientos establecidos para la determinación tarifaria que se encuentran previstos en los numerales 29 y siguientes de la Ley 7593, estableciendo así la ARESEP el precio que sea técnicamente procedente, al cual deberá sujetarse por mandato de ley el prestador.

Resolución N° 2017008159 de las 9:15 horas del 2 de junio de 2017. Sala Constitucional (Control y fiscalización ejercida conjuntamente Aresep-MOPT/ Taxis-Piratas) (ver también Resolución N° 2007-09448 de las 17:23 horas del 28 de junio de 2007 y Resolución 2005-13916 de las 15:10 horas del 11 de octubre de 2005, ambas de la Sala Constitucional).

- Más que del establecimiento de una sanción, se trata de una medida cautelar, derivada del ejercicio del poder de policía y autotutela que el legislador le atribuyó a la ARESEP, como entidad reguladora y fiscalizadora de los servicios públicos. (…)

- Tanto la ARESEP como el MOPT tienen competencias legales en torno a la prestación de los servicios públicos de transporte y que el artículo 44 de la Ley 7593, confiere competencia a la Autoridad Reguladora para decretar la medida cautelar de remoción del vehículo utilizado en la prestación ilegal del servicio, para lo cual, podrá actuar en forma conjunta con el Ministerio de Obras Públicas y Transportes ejerciendo el control y vigilancia de los servicios concesionados o autorizados.

- Resulta incuestionable la competencia del MOPT para decretar la detención del vehículo, a fin de sujetarlo al procedimiento administrativo que debe seguirse (Sentencia número 2004-08112 de las diez horas cuatro minutos del veintitrés de julio del dos mil cuatro). En esa misma línea, se indicó en la sentencia 2004-06006 de las doce horas cincuenta y dos minutos del veintiocho de mayo del dos mil cuatro.

Sentencia N° 190-2015-VI de las 11:35 horas del 9 de noviembre de 2015. TCA, Sección Sexta. (Breve referencia a función de ente regulador que fiscaliza el cumplimiento de esas normas/ GLP).

- Por su parte, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, funge como ente regulador que fiscaliza el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima de este servicio público, labor que hace a través de la regulación y fiscalización contable, financiera y técnica de los prestatarios, para lo cual puede dictar los reglamentos técnicos que estime necesario para el cumplimiento de los principios que rigen la materia (artículo 25 Ídem); hace inspecciones técnicas a las plantas y equipos afectos a la prestación del servicio público, fija las tarifas y precios del servicio, investiga y resuelve quejas (en los términos del numeral 10 Ibidem); y tiene competencia para otorgar, modificar, traspasar, declarar caduca o revocar una concesión, así como establecer las multas correspondientes, ante el incumplimiento de parte del prestatario (artículos 15 y 38 Ibídem).

- Consecuentemente, al tenerse la actividad de distribución y comercialización del gas licuado de petróleo –GLP– como servicio público, su regulación, desarrollo e implementación debe tender a la satisfacción del interés general, que priva por sobre el interés particular, como se infiere de lo dispuesto en los numerales 4 y 10.1 de la Ley General de la Administración Pública.

Resolución N° 1427-F-S1-2012 de las 14:00 horas del 223 de octubre de 2012. Sala Primera. (Potestad fiscalizadora ejercida por medio del referendo de contratos de concesión/Buses).

- El transporte remunerado de personas en vehículos automotores colectivos, en este caso en autobuses (el cual se lleva a cabo por calles, carreteras y caminos dentro del territorio nacional), es un servicio público regulado, controlado y vigilado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes a través de su órgano competente, el cual, actualmente lo constituye el Consejo de Transporte Público. Lo anterior se colige de las leyes No. 3503 y 7969.

- Este servicio puede ser explotado a través de la concesión, como acto final de un procedimiento licitatorio, o bien, de manera excepcional, mediante un permiso de operación. En relación con el primero, según lo impone el numeral 12 de la Ley 3503, se formalizará por un contrato en el cual deben consignarse las pautas que se establezcan por la autoridad concedente para la prestación del servicio público delegado. Dentro de este marco, se fija la cantidad de unidades autorizadas, horarios, frecuencias, carreras, recorridos, tarifas, paradas terminales e intermedias, entre otros detalles (precepto 13 de la Ley 3503).

- Estas pautas definen la forma cómo debe llevarse a cabo la actividad, a las que está sujeto el operador, so pena de incurrir en incumplimientos que incluso pueden desembocar en la cancelación del derecho.

- Por su parte, cuando se otorga un permiso de operación, acorde a los preceptos 3 y 25 de la citada Ley, la autorización se otorga por un plazo máximo de tres años, surgiendo de inmediato el deber de la Administración de iniciar las acciones que permitan otorgar la concesión de esa ruta sobre la cual se ha dado un permiso. Claro está, de culminarse este proceso antes de esos tres años, cesaría esta figura y sería sustituida por una concesión.

- Ahora bien, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos del año 1996 (Ley 7593), en su artículo 64 (numeración antes de la reforma de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones), modificó los numerales 4, 10 y 12 de la Ley 3503. En dichas reformas, el legislador involucró a la Aresep en el tema del transporte público. Por tal razón, dispuso que el control de los servicios de transporte público concesionados o autorizados, lo ejercerá el Consejo conjuntamente con la Autoridad Reguladora, para garantizar la aplicación correcta de los servicios y el pleno cumplimiento de las disposiciones contractuales correspondientes (mandato 2 párrafo segundo de la Ley 3503).

- También le otorgó a la Aresep la función de refrendar los contratos de concesión suscritos por el CTP (artículo 12 ibídem). Sin embargo, no asignó la competencia de la fiscalización de tal procedimiento a un órgano específico. Este es un aspecto que quedó reservado a la ley. En efecto, la competencia en cuanto a la fiscalización y control, fue reservada para que el legislador, dotara de esa competencia a la Contraloría General de la República, o a otros órganos y entes de la Administración Pública cuando la materia en cuestión no conlleve la utilización de fondos públicos, como en los casos de contratos de gestión de servicios públicos (como la concesión, gestión interesada, concurso, entre otros).

- Este tipo de contratos, no es más que la gestión indirecta de los servicios públicos, donde el Estado o el ente público respectivo, reservándose la titularidad del bien o el servicio, permite que el particular (descentralización por colaboración), bajo su cuenta y riesgo, explote o preste el bien o servicio en beneficio de la colectividad; o sea, se utiliza un bien o servicio que forma parte del patrimonio público.

- Existe un riesgo que es asumido por el sujeto privado, y el Estado por su lado, se reserva la titularidad del servicio; así como importantes potestades regulatorias y de rescate, para garantizar a los usuarios modelos de calidad aceptables. En consonancia con lo descrito, fue que el legislador optó por crear la Autoridad Reguladora y otorgarle la potestad fiscalizadora de este tipo de contratos al disponer el canon 12 de la Ley 3503: "La concesión se formalizará mediante contrato que suscriban el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y el concesionario. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos lo refrendará e inscribirá en el Registro de concesiones y permisos que llevará ese Ministerio". Esta disposición queda complementada con el artículo 145, párrafo 4°, de la Ley General de la Administración Pública, al pregonar que "Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse".

- En consecuencia, el refrendo funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo, es decir, para que se ejecute conforme lo pactado. La eficacia en este tanto, se relaciona con requisitos que el ordenamiento jurídico requiere para que la distribución de derechos y obligaciones emanadas del contrato válido se conforme como una situación de juridicidad objetiva. Así, resulta congruente que el Ente Regulador ejerza también la facultad fiscalizadora en este tipo de contratos mediante el instrumento del refrendo.

Resolución N° 2016-007851 de las 15:35 horas del 8 de junio de 2016. Sala Constitucional, acción de inconstitucionalidad contra el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

- La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) es una institución autónoma que forma parte de la Administración Descentralizada del Estado. La organización, funciones y atribuciones de la institución fueron establecidas por la Ley No. 7593. El legislador le atribuyó una competencia y le otorgó autonomía administrativa. Posteriormente, esa ley fue objeto de importantes reformas con motivo de la aprobación de la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 de 30 de junio de 2008 y de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones No. 8660 de 8 de agosto de 2008.

- La reforma provocó una nueva distribución de competencias según la cual algunas potestades que estaban asignadas a un órgano en concreto –Regulador General– pasaron a la ARESEP como ente. Es dentro de este ámbito legal que esta institución puede ejercitar su potestad de autoorganización. En relación con su naturaleza jurídica este Tribunal indicó:

  "(...) VIII. DE LAS COMPETENCIAS QUE SE OTORGAN A LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY. Por último, en lo que respecta a la impugnación del artículo 4 inciso d) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en cuanto se señala que las competencias que se otorgan a esta entidad invaden las que son propias del Poder Ejecutivo, y en el mejor de los casos, hay una duplicidad de funciones, no existe tal inconstitucionalidad. Antes que nada, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley de referencia, que establece la naturaleza jurídica de esta institución:

  "Se transforma el Servicio Nacional de Electricidad en una institución autónoma, denominada Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en adelante y para efectos de esta ley llamada Autoridad Reguladora.

  La Autoridad Reguladora tendrá personería jurídica y patrimonio propios, así como autonomía técnica y administrativa. Se regirá por las disposiciones establecidas en esta ley, sus reglamentos y las leyes que la complementen.

La Autoridad Reguladora no se ajustará a los lineamientos del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de las atribuciones que se le otorgan en esta ley".

La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos es una institución autónoma creada conforme a los lineamientos establecidos en los artículos 188, 189 y 190 de la Constitución Política; cuya autonomía se refiere únicamente a "la independencia administrativa", y que reviste especiales consideraciones, conforme se indicó en sentencia número 5338-94:

"[...] no gozan de una garantía de autonomía constitucional irrestricta, toda vez que la ley, aparte de definir su competencia, puede someterlas a directrices derivadas de políticas de desarrollo que esta misma encomiende al Poder Ejecutivo Central, siempre que, desde luego, no se invada con ello la esfera de la autonomía administrativa, propiamente dicha, ni la competencia de la misma Asamblea o de otros órganos constitucionales como la Contraloría General de la República. Debe hacerse notar que los antecedentes y efectos de la propia reforma, al reservar a esas entidades la materia de su propia administración, excluyó de su gestión de gobierno que implica: a) la fijación de fines, metas, tipos de medios para realizarlas; b) la emisión de reglamentos autónomos de servicio o actividad acorde con las disposiciones normalmente llamadas de política general. De esta manera la reforma hizo constitucionalmente posible someter a las entidades autónomas en general a los criterios de planificación nacional y en particular, someterlas a las directrices de carácter general dictadas desde el Poder Ejecutivo central o de órganos de la Administración Central (llamados a complementar o a fiscalizar la política general). Como parte de esos órganos políticos fue establecida la Autoridad Presupuestaria, con el objeto de formular y ejecutar las directrices generales en materia de salarios, entre otras, emanadas del Poder Ejecutivo o de órganos de la Administración Central".

La norma impugnada establece:

"Son objetivos fundamentales de la Autoridad Reguladora:

[...]

d) Formular y velar porque se cumplan los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima, los servicios sujetos a su autoridad".

Obsérvese que la norma importa una atribución genérica de competencias, precisamente relacionadas con la verificación y tutela de los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad de los servicios públicos, que se encomiendan a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; atribuciones que si bien suponen un traslado o transferencia de funciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, no resulta inconstitucional, como lo señala la Procuraduría General de la República, en razón de que dentro del Estado costarricense, las instituciones autónomas vienen –precisamente– a cumplir el papel de asumir competencias normalmente asignadas al Poder Central, para desarrollarlas en condiciones de exclusividad, atendiendo a la eficiencia y especialización que ello supone. Asimismo, cabe señalar que no hay invasión de funciones ni de competencias entre el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por cuanto el primero es quien autoriza el servicio público, y la segunda es quien fiscaliza la calidad en la prestación del servicio público, con lo que se complementa estas funciones; y no debe perderse de vista que las funciones que tiene asignadas este

Ministerio, son dadas por su Ley Orgánica, no por disposición alguna constitucional, con lo que no hay violación de los incisos 3) y 8) del artículo 140 de la Constitución Política (...)" (Sentencia No. 98-003394 de las 16:57 hrs. del 26 de mayo de 1998).

Resolución N° 2015-010476 de las 9:21 horas del 15 de julio de 2015. Sala Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad (Existencia de autonomía de segundo grado o política/Análisis que se realiza en cuanto a la creación de la Sutel).

- √ La norma importa una atribución genérica de competencias, precisamente relacionadas con la verificación y tutela de los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad de los servicios públicos, que se encomiendan a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; atribuciones que si bien suponen un traslado o transferencia de funciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, no resulta inconstitucional, como lo señala la Procuraduría General de la República, en razón de que dentro del Estado costarricense, las instituciones autónomas vienen -precisamente- a cumplir el papel de asumir competencias normalmente asignadas al Poder Central, para desarrollarlas en condiciones de exclusividad, atendiendo a la eficiencia y especialización que ello supone.

III. Reflexión Final

En la presente ponencia se analizó la naturaleza de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos de Costa Rica como institución autónoma que goza de autonomía administrativa y técnica.

Derivado de esa autonomía, ejerce competencias exclusivas y excluyentes que han sido reconocidas por la jurisdicción contenciosa-administrativa y constitucional en temas tan relevantes como las fijaciones tarifarias, la definición de metodologías y reglamentos técnicos, la fiscalización de calidad de los servicios, su independencia administrativa y facultad de auto-organización, entre otros. Lo que ha conllevado a un esfuerzo importante por parte de la Aresep para posicionarse como una institución altamente técnica y calificada que cumple con el cometido que le establece su ley de creación de equilibrar los intereses de los prestadores y los usuarios de los servicios públicos, tarea nada sencilla que sin duda ha ocasionado que las decisiones tomadas por el ente regulador sean judicializadas.

Ello implica que se hayan destinado recursos importantes para su atención. Incluso, algunos prestadores han optado por demandar a nivel personal a miembros de la Junta Directiva y al Regulador General, lo que podría generar la captura del Regulador y que la toma de decisiones del órgano colegiado se dificulte.

La Autoridad Reguladora tiene retos importantes que cumplir en el Plan Estratégico Institucional 2017-2022, pues su visión es ser reconocida como una Autoridad Reguladora con autonomía, independencia, alta capacidad técnica y credibilidad, que contribuye a la calidad de vida y el desarrollo de la sociedad costarricense. Para ello su misión es cumplir con excelencia y proactividad las funciones que le encomienda la ley, procurando que la provisión de los servicios públicos regulados garantice la atención de las necesidades de los usuarios y la prestación de los servicios en términos de equidad, acceso, costo, sostenibilidad ambiental y calidad.

Parte de esa misión es fortalecer la toma de decisiones en cuanto a su fundamentación para que, en caso de ser llevado a un control jurisdiccional, se tengan mayores probabilidades de éxito.

2 La influencia de la globalización en el reconocimiento del derecho humano al agua potable en la Constitución Política

Víctor Rafael Hernández-Mendible
Profesor de la Universidad de Monteavila, Venezuela

Resumen

Este trabajo tiene por objeto mostrar la evolución internacional del derecho humano al agua potable, a partir de las declaraciones en cumbres internacionales, pasando por las convenciones sobre derechos humanos, hasta las recientes resoluciones de las organizaciones internacionales del sistema universal y los aportes del sistema interamericano de derechos humanos, que permiten considerar su potencial incorporación en los ordenamientos constitucionales de América Latina.

Palabras claves

Derechos Humanos - sistema - universal - interamericano

I. Introducción

El progreso de la globalización en el ámbito del reconocimiento de nuevos derechos humanos por los Estados nacionales ha tenido un especial impacto en los países del continente americano.

Es así como derechos que inicialmente no tuvieron particular mención en los tratados o convenciones del sistema universal o el sistema interamericano de derechos humanos, gracias al progreso científico y tecnológico orientado a brindar una mejor calidad de vida a las personas, han adquirido mayor relevancia e iniciado un camino hacia su reconocimiento.

Dos ejemplos a título enunciativo pueden servir de demostración y están íntimamente relacionados. Estos son el derecho humano a la energía[1] y el derecho humano al agua potable[2], cuyo reconocimiento formal y expreso por parte de las organizaciones internacionales y por los Estados nacionales es la consecuencia de una confluencia de circunstancias políticas, jurídicas, económicas, sociales, ambientales y culturales a nivel mundial.

A los fines de este trabajo, interesa centrar el estudio de los antecedentes internacionales a nivel global, que sirven de referencia para el reconocimiento del derecho humano al agua potable en las constituciones políticas y a partir de ello, ver la posibilidad de su incorporación expresa en los textos constitucionales nacionales.

Ello así, a los fines de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá de la siguiente manera: (I) El surgimiento y evolución internacional del derecho humano al agua potable, (II) los aportes institucionales del sistema convencional interamericano y (III) las consideraciones finales.

* Doctor en Derecho; profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario y de la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México); invitado en la *University for Peace*, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España); miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica y fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, Asociación Internacional de Derecho Municipal y la Red Internacional de Bienes Públicos. victor@hernandezmendible.com
www.hernandezmendible.com

1 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., La energía como derecho humano y su ejercicio ante el cambio climático, *Cambio Climático, Energía y Derechos Humanos*, Universidad del Norte, Barranquilla, 2017.

2 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., El agua como derecho humano y como servicio público, *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de Regulación de los servicios públicos en Iberoamérica. Balance y Perspectivas,* Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), Instituto de Regulación & Finanzas, Universidad ESAN, ARA Editores, Lima, 2010, pp. 892-896.

I. El surgimiento y evolución internacional del derecho humano al agua potable

La propuesta de declaración de agua potable como un nuevo derecho humano ha transitado un camino largo y lento. De la inicial ausencia de mención expresa en los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, se comienza a trabajar para su reconocimiento en distintos foros internacionales.

La primera aproximación se produjo en la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Agua, de Mar de Plata, oportunidad en que se estableció el Plan de Acción, en la que se señaló[3]:

> "Todos los pueblos, cualquiera que sea su estado de desarrollo y sus condiciones sociales y económicas, tienen el derecho de disponer de agua potable en cantidad y calidad suficiente para sus necesidades básicas. Es de reconocimiento universal que la disponibilidad de dicho elemento por parte del hombre es imprescindible para la vida y para su desarrollo integral como individuo o como integrante del cuerpo social".

Fue hace cuarenta años cuando se planteaba por vez primera en una conferencia gubernamental, aunque sin carácter vinculante, la posibilidad de reconocer como derecho de los pueblos, es decir, como un derecho colectivo, el disponer o acceder al agua potable en cantidad suficiente y calidad aptas para satisfacer las necesidades básicas, por tratarse de un recurso imprescindible para la vida de las personas, para lograr su desarrollo integralmente considerado.

Dos años más tarde, se aprobó por la Organización de las Naciones Unidas la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[4], en cuyo artículo 12.2.h) se señala que los Estados partes deben asegurar el derecho a:

> "Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones".

Como se puede inferir de la lectura de la convención internacional, se brinda una especial protección a la mujer que habita en las zonas rurales y a los fines de garantizar las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, se impone a los Estados la obligación de asegurar el derecho a disfrutar de condiciones de vida adecuadas, que comprenden el acceso a los servicios sanitarios y el abastecimiento de agua, en dichas zonas rurales.

Posteriormente, se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño[5], que dispone en el artículo 24.2.c), algunas de las actuaciones que deben realizar los Estados para garantizar el derecho a la salud de los niños: "2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

3 O.N.U., Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, Argentina, del 14 al 25 de marzo de 1977, documento E/CONF.70/29, p. 67.

4 O.N.U., Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada mediante la Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm

5 O.N.U., *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada mediante la Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente".

Este texto, que tiene como finalidad garantizar el derecho humano a la salud, impone la obligación a los Estados de adoptar las medidas adecuadas para que los niños reciban el suministro de agua potable salubre.

Tres años después, tuvo lugar la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA), que produjo la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible[6] como antesala a la Cumbre de La Tierra. Esta declaración reconoce cuatro grandes principios:

1. El agua es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.

2. El aprovechamiento y gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles.

3. La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua.

4. El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos, a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.

De este último principio se infiere la necesidad de reconocimiento del derecho fundamental de toda persona a tener acceso al agua pura a un precio asequible. Se destaca el hecho de que la ignorancia del valor económico del agua ha fomentado el derroche y su utilización con efectos perjudiciales para el ambiente.

Por ello se propone una gestión del agua como un bien económico, que constituye un mecanismo para lograr el aprovechamiento eficaz y equitativo, así como favorecer la conservación y la protección de los recursos hídricos.

Estos principios servirán de preámbulo para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que producirá la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo[7], pero en ninguno de sus 27 puntos se efectúa consideración específica sobre el derecho humano al agua.

No obstante, el Programa de la Agenda XXI, en el capítulo 18, se refiere a la "Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce" y en concreto se fomenta que[8]:

"18.76 Todos los Estados, según la capacidad y los recursos de que dispongan y mediante la cooperación bilateral o multilateral, incluidas, según proceda, las Naciones Unidas y otras organizaciones competentes, podrían llevar a cabo las actividades siguientes:

6 Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA), celebrada en Dublín, Irlanda, del 26 a 31 de enero de 1992. http://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/espanol/icwedecs.html

7 O.N.U., *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del 3 al 14 de junio de 1992*, http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm

8 O.N.U., Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Desarrollo Sostenible, http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter18.htm

a) Abastecimiento de agua y saneamiento para los pobres de las zonas rurales que carezcan de estos servicios:

iv) Promover el acceso de la comunidad a la propiedad de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento y a los derechos sobre ellos".

Sin proponer el reconocimiento formal del agua potable y el saneamiento como derechos humanos, se advierte la importancia de que los Estados protejan y garanticen el suministro de los "servicios" –es la palabra que se emplea expresamente– de agua y saneamiento, en virtud de la importancia que tienen para el desarrollo de la persona humana.

La Declaración de los Objetivos del Milenio por la Organización de las Naciones Unidas, efectuada en Nueva York, constituyó el marco de preparación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Río+10 de Johannesburgo, que dio origen a la Declaración sobre Desarrollo Sostenible en el 2002[9], en la que se expresa que la contaminación del agua priva a millones de seres humanos de una vida digna (punto 13) y al formular los compromisos con el desarrollo sostenible, se menciona que:

"18. Nos felicitamos de que la Cumbre de Johannesburgo haya centrado la atención en la universalidad de la dignidad humana y estamos resueltos, no sólo mediante la adopción de decisiones sobre objetivos y calendarios sino también mediante asociaciones de colaboración, a aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención de la salud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad".

9 O.N.U., *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, del 2 al 4 de septiembre de 2002, http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm

Se asume el compromiso de colaborar para incrementar el acceso a los "servicios básicos" y en concreto al servicio de suministro de agua potable y saneamiento.

En las declaraciones mencionadas se hace referencia al agua como bien, recurso y como servicio básico, pero no se efectúa una mención a su consideración como derecho humano.

En ese mismo año 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas efectúa una interpretación de los Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que no contienen referencia alguna al derecho al agua y deduce la existencia de este derecho en la Observación General Nº 15[10]. Se trata de un documento muy bien estructurado, que aporta ideas para diversos debates interdisciplinarios y para avanzar decididamente en el reconocimiento formal y expreso del derecho humano de acceso al agua.

En tal sentido, la Observación comienza por afirmar que: "El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud", agregando además que: "El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos".

A partir de estas premisas, se reconoce que este consiste en "... el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica".

En razón de ello, el Comité confirma lo asentado en su Observación general Nº 3 (1990) respecto a que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto.

Coherente con esta idea, el Comité procede a identificar las que considera serían algunas de las obligaciones básicas de los Estados en relación con el derecho al agua y que tienen efecto inmediato, destacando las siguientes:

a) La garantía de acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico, así como para prevenir las enfermedades;

b) El aseguramiento del derecho de acceso al agua y a las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial, a los grupos vulnerables o marginados;

c) La garantía de acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre, que tengan un número suficiente de salidas de agua, para evitar unos tiempos de espera irracionales y que se encuentren a una distancia proporcional del hogar;

d) La garantía de que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;

e) La garantía de una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;

10 O.N.U., *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 15*, "El derecho al agua", Documento E/C.12/2002/11, aprobado entre el 11 y 29 de noviembre de 2002, http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/general/docugral/ONU_comentariogeneralagua.pdf

f) La adopción y la aplicación de una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población. La estrategia y el plan deberán ser elaborados y revisados periódicamente, en el marco de un proceso participativo y transparente, debiendo elaborarse métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados. El proceso mediante el cual se conciban la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán tener en consideración a todos los grupos vulnerables o marginados;

g) La vigilancia del grado de satisfacción o no del derecho al agua;

h) La puesta en marcha de programas de aguas destinados a sectores concretos y de costos relativamente bajos, para proteger a los grupos vulnerables y marginados;

i) La adopción de medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular, velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

En esta ruta de pronunciamientos encaminados al reconocimiento del derecho humano al agua potable, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[11], en cuyo artículo 28.2.a) se establece la obligación de los Estados partes de:

> "Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad, a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles, para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad".

Este texto ratifica la concepción del agua potable como servicio, en lugar de un derecho humano, reconociéndose que se trata de un servicio al que tienen derecho todas las personas, sin discriminación, por lo que debe incluirse a los niños, los adolescentes, los solicitantes de asilo, los desplazados, los refugiados, los migrantes, los habitantes de pueblos indígenas, los integrantes de comunidades aborígenes, aquellos que tengan alguna discapacidad y los prisioneros, tanto en época de paz como de guerra, conforme a los estándares del derecho internacional humanitario[12].

Cuatro años más tarde, la Organización de las Naciones Unidas produce una formulación más resuelta con base en las propuestas que le habían venido realizando distintos sectores académicos, científicos y no gubernamentales de la sociedad internacional. Es así como el día 28 de julio de 2010[13] se pronuncia expresamente sobre el derecho humano en los siguientes términos:

> "1. *Reconoce* que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;
>
> 2. *Exhorta* a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen

11 O.N.U., ***Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad***, del 13 de diciembre de 2006, http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf

12 RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, LOZANO ACOSTA, Carlos y GÓMEZ REY, Andrés, ***Protección Jurídica del Agua en Colombia***, Universidad del Rosario-Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, pp. 120-125.

13 O.N.U., ***El derecho humano al agua y el saneamiento***, Resolución A/RES/64/292, del 28 de julio de 2010.

> recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacional, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento".

El reconocimiento se circunscribe al derecho al agua para uso humano –y al saneamiento–, aquella apta para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas –aprovechamiento personal y doméstico–, lo que no incluye el agua que las personas puedan utilizar para otros fines.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible de 2012, que producirá la Declaración de Río+20, titulada "El Futuro que Queremos"[14], se realiza una discreta referencia al tema, en los términos siguientes:

> "121. Reafirmamos nuestros compromisos relativos al derecho humano al agua potable y el saneamiento, que ha de hacerse efectivo gradualmente en beneficio de nuestra población, respetando plenamente nuestra soberanía nacional. Resaltamos también nuestro compromiso con el Decenio Internacional para la Acción "El agua, fuente de vida", 2005-2015".

Al siguiente año se aprobó la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia de 2013[15], cuyo Artículo 4 establece como obligación de los Estados:

> "xiv. La restricción o limitación basada en algunos de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención, del derecho de todas las personas a acceder o usar sosteniblemente el agua, los recursos naturales, los ecosistemas, la biodiversidad y los servicios ecológicos que forman parte del patrimonio natural de cada Estado, protegido por los instrumentos internacionales pertinentes y por su propia legislación nacional".

Aquí se reconoce el derecho de las personas al acceso y uso sostenible del agua; pero esta es considerada como un recurso –no como un derecho humano– que se tiene la posibilidad de aprovechar de conformidad con lo que establecen los instrumentos internacionales y lo que dispone la legislación nacional.

---

14 O.N.U., D*eclaración de Río+20, el Futuro que Queremos*, https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf.pdf

15 O.E.A., *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*, del 15 de junio de 2013, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp

La declaración formulada por las Naciones Unidas en 2010 tendrá una nueva edición en 2013 –aumentada y mejorada– cuando la Organización de Naciones Unidas renueva el pronunciamiento sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento en los siguientes términos[16]:

> "Reconociendo la importancia de disponer del igual acceso al agua potable y el saneamiento como componente esencial de la realización de todos los derechos humanos,
>
> 1. Reafirma el reconocimiento de que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial, para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;
>
> 2. Reconoce la necesidad de dar la debida consideración al derecho humano al agua potable y el saneamiento en la elaboración de la agenda para el desarrollo después de 2015, en particular al definir metas, objetivos e indicadores concretos, teniendo en cuenta un enfoque que apoye la promoción y protección de los derechos humanos".

Esta declaración ratificatoria viene a consolidar –se advierte que no está expresamente codificado[17]– dentro del derecho internacional general[18] y más concretamente el derecho internacional de los derechos humanos la tendencia hacia el formal reconocimiento, en una convención o protocolo, de la existencia de un nuevo derecho humano como lo constituye el derecho al agua potable y saneamiento. No obstante, el reto no consiste en admitir su existencia de manera expresa, clara e indubitable, sino en garantizar su efectivo ejercicio a todas las personas, conforme los atributos que integran la esencia del derecho, para que este pueda ser considerado como tal[19].

Más recientemente, se aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en 2015[20], que contiene dos disposiciones en las que se efectúa una mención al agua potable y saneamiento como un servicio público básico. El Artículo 12 expresamente dispone:

> "La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía.

En tanto el Artículo 25.b) de la Convención estableció:

> "La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los

16 O.N.U., *El derecho humano al agua y el saneamiento*, Resolución A/RES/68/157, del 18 de diciembre de 2013, http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/157

17 RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, LOZANO ACOSTA, Carlos y GÓMEZ REY, Andrés, *Protección Jurídica del Agua en Colombia*, Universidad del Rosario-Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, p. 129.

18 THIELBÖRGER, Pierre, *The Right to Water. The Multi-Level Governance of a Unique Human Right*, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg, 2014, pp. 84-88.

19 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., El agua como derecho humano y como servicio público, *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de Regulación de los servicios públicos en Iberoamérica. Balance y Perspectivas,* Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), Instituto de Regulación & Finanzas, Universidad ESAN, ARA Editores, Lima, 2010, pp. 892-896.

20 *O.E.A., Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, del 5 de junio de 2015, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf

Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas:

a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza.

b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros".

Finalmente, la Organización de las Naciones Unidas en el 2015, dentro del contexto de interdependencia de los derechos humanos, se pronunció reconociendo que el agua potable y el saneamiento constituyen dos derechos humanos diferenciados, que integran el derecho a un nivel de vida adecuado, esenciales para el pleno disfrute del derecho humano a la vida y de los demás derechos humanos[21].

El catálogo de conferencias y textos antes referidos, producidos dentro del sistema universal y el sistema interamericano de derechos humanos, terminan por reconocer el agua potable y el saneamiento tanto como derechos humanos diferenciados, aunque asociados, así como servicios públicos, lo que se viene a relacionar con los Objetivos del Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, que no serán analizados en esta ocasión por exceder los límites de este trabajo.

21 O.N.U., *Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento*, Resolución A/RES/70/157, del 17 de diciembre de 2015, http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/169

II. Los aportes institucionales del sistema convencional interamericano

En aplicación del *corpus iuris* de la convencionalidad interamericana sobre derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto varios casos, en los cuales ha fijado criterio sobre el agua y su vinculación con los derechos humanos.

Luce pertinente mencionar que el derecho al agua potable se ubica dentro de los denominados derechos económicos, sociales y culturales a los que se refiere el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al analizar esta norma, la Corte Interamericana ha expresado que estos derechos tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo se debe medir -en el criterio de este Tribunal– en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general y del derecho específico en particular sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social y no en función de las circunstancias de un limitado grupo de personas, no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente[22].

Conforme a este criterio, se procederá a estudiar las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana con relación al agua potable.

Al analizar el primer caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionado con el agua potable, esta impone entre otras obligaciones al Estado el desarrollo

22 Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de febrero de 2003, serie C N° 98, párr. 147.

del "sistema de alcantarillado y suministro de agua potable" a las comunidades integradas en su mayoría por indígenas[23].

Posteriormente, en la segunda decisión en que aborda el asunto, comienza por recordar que, conforme al Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un instrumento convencional no debe interpretarse solamente considerando los acuerdos o dispositivos relacionados con este, sino dentro del sistema en el cual se inscribe[24], lo que lleva a utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, "tales como el Convenio N° 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"[25] y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todo ello orientado a establecer si el Estado había cumplido con sus obligaciones internacionales con las comunidades indígenas que pretendían ser reconocidas como víctimas de violación de sus derechos humanos. Es así como concretamente en lo atinente al acceso al agua señala[26]:

> "Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia".

Cabe destacar que el denominado diálogo entre organizaciones de derechos humanos no se circunscribe a los tribunales internacionales[27] o incluso a estos con las altas cortes nacionales, sino que se proyecta a los comités del sistema universal de derechos humanos, que en este caso sirven de referencia para justificar los argumentos de la sentencia de la Corte Interamericana en lo concerniente al acceso al agua para el consumo humano. Al juzgar lo ocurrido conforme a tales criterios, la Corte Interamericana concluye afirmando que[28]:

> "En el capítulo anterior, este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia

23 Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Reparaciones, sentencia del 19 de noviembre de 2004, serie C N° 116, párr. 110.

24 Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C N° 125, párr. 126

25 Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 127.

26 Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 167.

27 AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

28 Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 168.

tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad, a pesar de que el 23 de junio de 1999 el Presidente del Paraguay emitió el Decreto No. 3.789 que declaró en estado de emergencia a la Comunidad (...)".

Por tanto, habiéndose lesionado el derecho de propiedad, se afectó el derecho a la vida digna y se impidió, entre otros, el uso y disfrute de los recursos naturales para la obtención de agua limpia, a lo que se suma la precariedad en que podrían verse involucradas las personas de edad avanzada, por lo que advierte[29]:

"En lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y a atención de salud. (...)".

29 Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 175.

La decisión reitera la importancia de la necesidad de que el Estado adopte las medidas idóneas, adecuadas y eficaces para la protección de los derechos humanos y en especial, aquellas que garanticen el acceso al agua limpia.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana[30] sostiene que no existe controversia entre las partes respecto a que las condiciones en las que viven los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa son inadecuadas para una existencia digna ni respecto a la realidad e inminencia del peligro que tales condiciones representan para su vida, siendo realmente lo controvertido la determinación de si el Estado es responsable de que las presuntas víctimas estén en esas condiciones y si este ha adoptado las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de las potenciales víctimas.

Luego de analizado el caso llega a la conclusión de que "el Estado no adoptó las medidas necesarias para que los miembros de la Comunidad dejen el costado de la ruta y, por ende, las condiciones inadecuadas que ponían y ponen en peligro su derecho a la vida". En razón de ello condena al Estado y entre otros aspectos dispone como formas de reparación que:

> "... considera procedente, en equidad, ordenar al Estado la creación de un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad, de conformidad con el párrafo 207 de esta Sentencia. El Estado deberá destinar la cantidad de US $1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América), para tal fondo, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad"[31].

Resulta interesante destacar que, en el texto transcrito, la Corte Interamericana reduce el margen nacional de apreciación mediante una orden destinada a tener repercusión pública general, disponiendo la creación de un fondo que, entre otros fines, se orientará a financiar los proyectos de suministros de agua potable a la comunidad.

Teniendo en cuenta que el Estado ha manifestado su voluntad de establecer un puesto de salud, así como la provisión de agua potable, la Corte Interamericana dispone: "... que mientras los miembros de la Comunidad se encuentren sin tierras, el Estado deberá adoptar de manera inmediata, regular y permanente, las siguientes medidas: a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad ... d) creación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en los asentamientos de la Comunidad, ..."[32] y concluye que "mientras los miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa se encuentren sin tierras, el Estado deberá suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia, en los términos del párrafo 230 de la presente Sentencia"[33].

En otra sentencia posterior la Corte Interamericana, al analizar el aprovechamiento de los recursos naturales

30 Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C Nº 146, párr. 166.

31 Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 224.

32 Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 230.

33 Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, resolutivo párr. 9

dentro de las zonas donde habitan comunidades indígenas, efectúa la siguiente consideración[34]:

> "El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros...".

En la misma línea anterior, la Corte Interamericana ha vuelto a pronunciarse sobre el tema del acceso y calidad de las aguas, afirmando lo siguiente[35]:

> "La Corte observa que el agua suministrada por el Estado durante los meses de mayo a agosto de 2009 no supera más de 2.17 litros por persona al día. Al respecto, de acuerdo a los estándares internacionales la mayoría de las personas requiere mínimo de 7.5 litros por persona por día para satisfacer el conjunto de las necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene. Además, según los estándares internacionales el agua debe ser de una calidad que represente un nivel tolerable de riesgo. Bajo los estándares indicados, el Estado no ha demostrado que esté brindando agua en cantidad suficiente para garantizar un abastecimiento para los mínimos requerimientos. Es más, el Estado no ha remitido prueba actualizada sobre el suministro de agua durante el año 2010, ni tampoco ha demostrado que los miembros de la Comunidad tengan acceso a fuentes seguras de agua en el asentamiento "25 de Febrero" donde se encuentran radicados actualmente".

Esta decisión es de transcendental relevancia para la configuración del derecho humano al agua potable, pues la Corte Interamericana asume como válidos los siguientes estándares mínimos internacionales:

1. El acceso a las fuentes seguras de agua.
2. La cantidad debe ser mínimo de 7,5 litros por persona diario.
3. La calidad debe representar un nivel tolerable de riesgo.
4. Ella debe ser suficiente y adecuada para satisfacer las necesidades básicas de alimentación e higiene.

Más recientemente, la Corte Interamericana avanza en su línea argumentativa sobre la garantía del acceso al agua potable, señalando:

> "... la Corte dispone que Guatemala deberá implementar en dicho lugar, previa consulta con las víctimas o sus representantes, e independientemente de las demás obras públicas que estén previstas en el presupuesto nacional para la colonia Pacux o para la región en que se encuentra, las siguientes medidas: ... d) *la implementación de un sistema de alcantarillado, tratamiento de aguas negras o residuales y abastecimiento de agua potable*, ... El Estado debe implementar dichos programas referidos dentro de un plazo de cinco años, contado a partir de la notificación de esta Sentencia".

34 Corte IDH, ***Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam,*** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C Nº 172, párr. 126.

35 Corte IDH, ***Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay,*** Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C Nº 224, párr. 195.

Como se puede apreciar, la Corte Interamericana pasa de interrelacionar el agua como una garantía de los derechos humanos a una vida digna, a la salud, la alimentación, la educación, la igualdad, la propiedad y la identidad cultural de las comunidades indígenas[36]. Asimismo, establece jurisprudencialmente los estándares de accesibilidad, cantidad, calidad y asequibilidad económica del agua para el consumo humano, lo que sirve de referencia para la conformación del núcleo esencial del derecho humano al agua potable.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe anual de 2015[37] efectúa las siguientes conclusiones:

1. El *corpus iuris* de la convencionalidad del sistema interamericano de derechos humanos reconoce la obligación de los Estados, de respetar y garantizar el acceso al agua salubre, en calidad y cantidad suficiente, como condición para la satisfacción de otros derechos humanos, como lo son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud y además con respecto a los pueblos indígenas, el derecho a la propiedad.

2. Aunque el derecho al agua no se encuentra reconocido como derecho autónomo, dentro del sistema interamericano se ha avanzado resueltamente en la protección del acceso al agua, como una garantía ineludible para la satisfacción de otros derechos.

3. El informe advierte sobre las principales barreras que dificultan el acceso al agua en el continente y además deja constancia del impacto negativo que generan las industrias extractivas y otros proyectos de desarrollo, para el acceso al agua, así como la contaminación de las fuentes hídricas, la existencia de actos de hostigamiento a los defensores de derechos humanos y ambientales. Destaca como la falta de acceso al agua potable afecta a las personas y grupos que viven en situación de pobreza y en áreas rurales, y como los cortes de suministro de agua potable afectan a personas que viven en situación de pobreza y en especial en pobreza extrema.

4. Se ratifica el compromiso de colaborar con los Estados en la búsqueda de soluciones a los problemas, para garantizar el acceso al agua en el continente.

Lo anterior conduce a que la Comisión Interamericana realice las siguientes recomendaciones[38]:

36_Corte IDH, *Caso Masacre de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de septiembre de 2012, serie C Nº 250, párr. 284.

37 Comisión IDH, Capítulo IV-A, *Acceso al agua en las Américas. Una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano, Informe Anual 2015*, Washington D.C., 2015, pp. 481-528.

38 Comisión IDH, Ob. cit., p. 528.

1. El diseño, la implementación y la aplicación efectiva de un marco normativo adecuado para garantizar el acceso al agua apta para el consumo humano, en cantidad suficiente y sin discriminación en el territorio de cada Estado, en particular, con respecto a las personas y grupos históricamente discriminados, a los niños, los adolescentes, las mujeres, las personas con discapacidad y las personas adultas mayores.

2. En lo atinente a las personas en situación de pobreza y pobreza extrema que no puedan cubrir los costos relacionados al suministro de agua potable, se deben instrumentar mecanismos que garanticen el acceso a las cantidades mínimas de agua potable, de conformidad a los estándares internacionales.

3. La prevención, la mitigación y la suspensión de los impactos negativos sobre los derechos humanos y en particular a todos los obstáculos al acceso al agua de las personas, los grupos y las colectividades afectadas por actividades de extracción, desarrollo e inversión.

4. La consulta a los pueblos y las comunidades de forma previa, adecuada, efectiva y con plena sujeción a los estándares internacionales aplicables a la materia, en los supuestos que se proyecten realizar algunas actividades de extracción de recursos naturales, en tierras y territorios indígenas o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole, que impliquen potenciales afectaciones a su territorio, en particular, con respecto a posibles restricciones al acceso al agua, en calidad y cantidad adecuada para una vida digna.

III. Consideraciones finales

La precedente exposición lleva a señalar que existe una diáfana evolución que alcanza cuatro décadas respecto al reconocimiento internacional del derecho humano al agua potable.

Este virtual reconocimiento en una convención o tratado del sistema universal o del sistema interamericano puede incorporarse a la Constitución Política de los Estados americanos por tres vías:

La primera, en los supuestos de constituciones abiertas y flexibles que contienen la cláusula innominada que admite la interpretación de que los derechos expresamente reconocidos por ellas no constituyen negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren literalmente en el texto constitucional; es decir, que un derecho humano no requiere reconocimiento expreso y formal en la constitución política para su garantía y protección por los órganos que ejercen el poder público en un determinado Estado.

La segunda, en atención a la disposición constitucional que le otorga rango y jerarquía constitucional a los pactos y las convenciones internacionales sobre derechos humanos, conduce a que estos se consideren incorporados al bloque de la constitucionalidad e incluso a que se les reconozca aplicación inmediata, directa y preferente a las disposiciones de las propias constituciones políticas, en la medida que contengan normas que garanticen una protección más amplia de los derechos humanos que la establecida en la normativa nacional.

La tercera supondría efectuar, conforme al procedimiento constitucional de cada Estado, una modificación específica del texto constitucional –reforma, enmienda, etc.– para incorporar expresamente el reconocimiento formal del derecho humano.

Cualquiera de estas tres hipótesis puede ser instrumentada para incorporar en los países que tienen un Estado constitucional, dentro del *Ius Commune Americano*, el derecho humano al agua potable[39] por influencia de la globalización en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

39 El papa Francisco recientemente señaló que"... cada Estado está llamado a concretar, también con instrumentos jurídicos, cuanto indicado por las Resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas desde 2010 sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento", *Discurso del Santo padre Francisco a los participantes en el seminario "Derecho humano al agua", organizado por la Pontificia Academia de las Ciencias*, del 24 de febrero de 2017, http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/february/documents/papa-francesco_20170224_workshop-acqua.html

Tecnologías disruptivas y economías colaborativas ¿Se requiere regulación? El caso de UBER

3

Luis A. Ortiz Zamora
Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho

I. Introducción

Cuenta la historia que, durante los últimos años del *siglo XIX* y primeros del *XX*, se dio en Francia un famoso conflicto del gas y la electricidad, conocido como "la querelle du gaz et de l'électricité". En aquellos tiempos, los municipios tenían contratado en exclusiva el alumbrado por gas; pero se inventó la electricidad y mientras las ciudades y sus habitantes querían utilizar esta última tecnología para iluminar sus calles, los concesionarios del alumbrado por gas alegaban que ese derecho les correspondía en exclusiva[1]. Posteriormente, vendría el conflicto de los tranvías con los trolebuses y de estos últimos con los autobuses; unos y otros alegarían que era su derecho exclusivo ocupar las calles para transportar a las personas.

Y bueno, como la historia es cíclica, en pleno *siglo XXI* debatimos si los taxistas tienen un derecho exclusivo a transportar a las personas, aun cuando el desarrollo tecnológico ha permitido descubrir una mejor herramienta para satisfacer esa necesidad. Se alega que el transporte de personas, en cualquier modalidad, es un servicio público y que –como tal– está prohibida cualquier actividad que se le asemeje si no cuenta con los permisos respectivos. Se enfatiza además que, si la actividad de UBER no está regulada, ello significa que está prohibida.

En 1998, Kodak tenía 170.000 empleados y vendía 85% de todas las fotos en papel del mundo. En muy pocos años, su modelo de negocio desapareció, llevándolo a la quiebra.

Lo que le pasó a Kodak les pasará a varias industrias en los próximos 10 años y muchas personas no se dan cuenta. ¿Acaso pensábamos en 1998 que 3 años más tarde no volveríamos a tomar fotografías en papel?

UBER es solo una herramienta de software. No posee ningún vehículo y sin embargo, ahora es la compañía de transporte de personas más grande del mundo. *Airbnb* es actualmente la compañía de hoteles más grande del mundo, a pesar de no tener ninguna propiedad. El *crowd funding* acecha a los banqueros. En Estados Unidos de Norteamérica jóvenes abogados ya no consiguen trabajo porque con IBM Watson se puede obtener asesoramiento legal en segundos, con una precisión de 90% comparado con la precisión de 70% de los humanos. Watson Health ya está ayudando a diagnosticar cáncer con 4 veces más precisión que las enfermeras humanas. Facebook tiene ahora un software patrón de reconocimiento que puede reconocer caras mejor que los humanos. En el 2030, las computadoras serán más inteligentes que los humanos[2].

"¡Bienvenidos a la Cuarta Revolución Industrial, donde lo único que podría detener esta evolución es la aniquilación de la raza humana por unos pocos necios con poder y sin educación!"[3].

Ante este escenario: ¿qué debemos hacer los juristas? ¿Vamos a sostener que todas estas innovaciones están prohibidas porque no están reguladas, las vamos a regular de igual manera a las actividades económicas tradicionales, no las vamos a regular o bien, les aplicaremos un instrumento regulatorio correspondiente con sus particularidades?

1 MEILÁN GIL, José Luis. ***Progreso tecnológico y servicios públicos***. Thomson Civitas, 2006, pp. 65-79. Similares conflictos se verificarían también en Italia y España.

2 Anotaciones del alemán Udo Gollub y de Alejandro Guzmán Stein, hechas durante la cumbre de la Universidad de la Singularidad llevada a cabo en Messe Berlín, Alemania en abril de 2016. Recuperado de: http://www.eje21.com.co/2017/01/a-donde-nos-llevara-la-tecnologia/.

3 Ibid.

Bien nos ha adelantado ya la respuesta el Juez Richard Posner del Seventh Circuit Court of Appeals en *Illinois Transportation Trade Association et al vs City of Chicago*, así como en *Joe Sanfelippo Cabs vs City of Milwaukee*, en las que se discutía si la prohibición de tomar la propiedad privada para uso público sin compensación establecida en la Quinta Enmienda le prohíbe a las ciudades de Milwaukee y Chicago permitir competencia con los taxistas establecidos, ya sea de nuevas compañías de taxis o bien, compañías que proveen servicios similares, pero no idénticos, a los taxis convencionales, como por ejemplo Uber. Señalaron específicamente las sentencias mencionadas:

> "Es importante mencionar que el término propiedad no incluye el derecho a estar libre de competencia. Es decir, cuando aparecen nuevas tecnologías, o nuevos métodos de negocio, un resultado común es la disminución o incluso desaparición de los antiguos. Esto es un avance para la sociedad, por lo que no se puede excluir su competencia. Adicionalmente, el derecho otorgado por el gobierno de ofrecer el servicio público a los taxis genera un beneficio, pero no por lo anterior, se les otorga un derecho a excluir o impedir a los proveedores de transporte a brindar dicho servicio"[4].

4 Cfr: Illinois Transportation Trade Association et al vs City of Chicago, Nº 16-2009 y Joe Sanfelippo Cabs, Inc. ***et al vs*** City of Milwaukee, Nº 16-2016, ambas del 7 de octubre de 2016, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. En caso de que no se presente recurso ulterior ante la Corte Suprema de Estados Unidos o bien, de que esta no le conceda ***certiorari*** al recurso que se presente, estas dos sentencias constituyen la última palabra.

II. Justificaciones tradicionales para regular las actividades económicas

Sea cual sea nuestra inclinación ideológica, lo cierto es que casi todos los Estados de Derecho –de manera explícita o implícita– justifican la intervención pública en los siguientes supuestos:

i) para prevenir daños, asegurar que la actividad económica internaliza los costes que genera y garantizar una utilización racional de los bienes comunes;

ii) para la adecuada realización de las actividades que no pueden llevarse a cabo en régimen de mercado;

iii) para garantizar derechos de contenido social, asegurar prestaciones esenciales o promover actividades de interés general;

iv) para asegurar el funcionamiento competitivo del mercado, así como la protección de los consumidores y

v) para establecer un sistema institucional que asegure el cumplimiento de la normativa y el respeto de los derechos e intereses implicados[5].

Pues bien, comencemos primero por analizar cuáles son las justificaciones que tradicionalmente se han esbozado para regular el transporte de personas, pensando en determinar si en el caso de las tecnologías disruptivas y economías colaborativas que actualmente ocupan más nuestra atención –como es el fenómeno UBER– se justifica o no regularlo de igual manera, elaborar una regulación ad hoc, no regularlo del todo o bien, permitir que se autorregule.

5 LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Derecho Administrativo Económico. Civitas – Thomson Reuters, 2016, pp. 35-37.

III. Justificaciones tradicionales para regular el transporte de personas[6]

a) LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE VEHÍCULOS

Ya sabemos que el número total de "placas", "medallones" o "licencias" que cabe otorgar –y por tanto, de las personas a las que se permite desarrollar el transporte de personas– se encuentra artificialmente limitado por la Administración Pública.

Tres razones principales se han esgrimido para justificar esta limitación. La primera es que los taxis y SEE taxis generan polución ambiental y congestionan el tráfico. La segunda es la existencia de costos fijos hundidos relativamente elevados. Dado que aquí los costos variables de transportar a un usuario son prácticamente inexistentes (el consumo de combustible, el desgaste del vehículo, esfuerzo del conductor, polución, congestión son casi iguales tanto si el taxi va libre como si está ocupado), vale la pena restringir el número de placas a fin de reducir en alguna medida tales costos. Dicho con otras palabras, es preferible que circulen 1.000 taxis y/o SEE taxis siempre ocupados que 2.000 vacíos la mitad del tiempo. La tercera razón es que al tener las "placas", "medallones", o "licencias" un considerable valor para sus titulares, concretamente por su limitación, ello facilita el cumplimiento de la normativa reguladora del sector, al darles a los prestatarios del servicio un importante incentivo a tales efectos, ya que tienen mucho que perder si la autoridad competente les caduca la correspondiente concesión o permiso como consecuencia de una infracción. Pero, además, al limitarse conscientemente la competencia, ello les asegura a los titulares de las placas rentas monopólicas, de manera que –en un mundo ideal– se reducirían sus incentivos para rebajar la calidad (*race to the bottom*).

b) REQUISITOS DE SEGURIDAD Y CALIDAD

La normativa dispone que para la prestación del servicio de taxi se requiere una concesión y para la prestación del servicio especial estable de taxi (SEET) un permiso, los cuales solo pueden otorgarse si los solicitantes y los vehículos cumplen numerosos requisitos de calidad y seguridad.

Para justificar el establecimiento de tales requisitos y controles se ha esgrimido la existencia de asimetrías informativas entre los prestadores de los servicios y los usuarios. Existe una asimetría tal cuando una de las partes de un acuerdo posee más o mejor información que la otra sobre las circunstancias de las que dependen sus resultados. Así, antes de contratar –o incluso hasta que no finalice un viaje– los usuarios no pueden conocer diversas características de la carrera que el taxista sí conoce y que son determinantes de la utilidad que esta les puede reportar, por ejemplo: la honestidad de aquel, su destreza al volante, la seguridad, comodidad e higiene del vehículo, la ruta más corta para llegar al destino, etc.

Normalmente, entonces, la regulación se justifica en que –supuestamente– por medio del otorgamiento de la concesión o permiso correspondiente, las Administraciones Públicas reducen las asimetrías informativas existentes en este sector, al proporcionar a los usuarios una cierta seguridad de que tanto el conductor como el vehículo en cuestión reúnen unas mínimas condiciones de seguridad y calidad.

6 Se sigue, tanto en este apartado como en el 4, *la explicación de DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC*. En la obra colectiva *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 351-401.

c) FIJACIÓN DE LOS PRECIOS

Finalmente, la libertad de los taxistas y los usuarios para fijar el precio de los servicios se encuentra también restringida por la potestad de fijación de tarifas que ostenta en nuestro país la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP).

Dos razones han venido esgrimiéndose para justificar esta regulación. Se ha señalado en primer lugar que, si el precio de las carreras fuera libre, usuarios y conductores habrían de incurrir en costos excesivos para negociarlo. En efecto, los costos de transacción derivados de la búsqueda de la oferta más ventajosa serían cuasi prohibitivos, pues el usuario que busca en una acera un taxi podría efectivamente recabar varias propuestas a fin de escoger la más conveniente, pero los costos de semejante búsqueda serían seguramente excesivos en relación con los beneficios que esta podría depararle. Por un lado, porque buscar una nueva oferta requiere tiempo. Si –por ejemplo– por el lugar donde se encuentra pasa un taxi cada quince minutos, el usuario tendrá que esperar una hora sólo para obtener cuatro de ellas. Por otro lado, porque buscar una nueva oferta tiene de facto un importante coste añadido al del tiempo: perder la posibilidad de aceptar las ofertas recibidas hasta el momento. Las que no se aceptan inmediatamente desaparecen de igual manera. En segundo lugar, se ha esgrimido también la necesidad de prevenir el riesgo de que los prestadores de los servicios de transporte abusen de la posición dominante en la que les coloca la restricción artificial del número de "placas", "medallones" o "licencias" y fijen precios excesivos.

IV. Los efectos de la irrupción de las tecnologías disruptivas y las economías colaborativas

Ahora bien, la aparición de las plataformas de tecnologías disruptivas y economía colaborativa en el sector del transporte de personas ha alterado sustancialmente la realidad que se tuvo en cuenta al configurar y establecer su marco regulatorio, lo que evidentemente debería tener consecuencias en el plano jurídico.

Los avances tecnológicos que están en su base permiten prestar estos servicios de una manera distinta y mucho más eficiente, pues reducen los costos de transacción y las asimetrías informativas que hasta hace bien poco imposibilitaban o hacían excesivamente costosos los acuerdos necesarios para compartir vehículos, además de que crean economías de escala y efectos positivos de red.

a) REDUCCIÓN DE COSTOS DE TRANSACCIÓN

El fundamental es Internet, que hace posible conectar entre sí a miles de personas interesadas en ofrecer o recibir los correspondientes servicios de transporte.

El segundo es el GPS *(Global Positioning System)*, que hace posible localizar con una enorme precisión, rapidez y facilidad a las personas que actualmente demandan u ofertan dichos servicios. El tercero son los teléfonos móviles inteligentes, cuyas prestaciones y enorme difusión permiten a un sector de la población cada vez más amplio solicitar con una enorme facilidad dichos servicios prácticamente en cualquier momento y lugar.

Finalmente, las plataformas de pago telemáticas –por un lado– enervan las incomodidades y los riesgos que tanto para los usuarios como los prestadores engendran los pagos en efectivo. Por otro lado, permiten celebrar acuerdos cuyo precio no han de negociar en cada ocasión las partes, sino que viene predeterminado por la empresa titular de la plataforma, en función de diversos criterios que hacen posible ajustar de manera razonablemente flexible la oferta y la demanda, como es precisamente la denominada "tarifa dinámica".

b) REDUCCIÓN DE ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

Las asimetrías informativas que entorpecen el funcionamiento de este mercado pueden ser ahora eliminadas o cuando menos, reducidas básicamente de dos maneras.

En primer lugar, mediante los sistemas reputacionales. Las plataformas incorporan dispositivos telemáticos que permiten a todos los participantes, tanto a los usuarios como a los prestatarios, evaluar la calidad de los servicios prestados, así como otras circunstancias determinantes de la utilidad de la transacción celebrada, agregar dichas evaluaciones y poner la información resultante a disposición de otros interesados, que podrán así tenerla en cuenta a la hora de acordar transacciones semejantes en un futuro.

En segundo lugar, a través de la reputación que cada plataforma digital haya conseguido labrarse a través de múltiples interacciones, empresas como UBER –a diferencia de cada uno de los conductores que integran el mercado del taxi y SEE taxis– son fácilmente identificables por los otros socios pasajeros y van a tener la oportunidad de interaccionar repetidas veces con estos. Ambos (pasajeros y conductores) pueden, en consecuencia, aprender e intercambiar información a través de estas plataformas o de medios alternativos acerca de los servicios prestados y en general, acerca del buen o mal funcionamiento de la plataforma. De ahí que estas empresas, contrario a la mayoría de los taxistas, tengan la posibilidad de forjarse una buena o mala reputación en función de la calidad de dichos servicios. Es por ello que estas cuentan con fuertes incentivos para mejorar dicha calidad y a la postre, su reputación, pues de esta dependerá en gran medida su éxito en el mercado.

c) ECONOMÍAS DE ESCALA Y EFECTOS DE RED

Se dice que existen economías de escala cuando el promedio de costos para producir un bien disminuye según se incrementan el tamaño de la empresa y la cantidad producida. Cabe razonablemente pensar que muchas plataformas digitales de tecnologías disruptivas y economía colaborativa generan ventajas de este tipo como resultado de que los costos fijos de su funcionamiento –v. gr. los que implica el diseño y desarrollo de la plataforma digital– son relativamente elevados, mientras que los costos variables y los marginales que implica su expansión territorial son reducidos.

Adicionalmente, resulta evidente que estos sistemas engendran también efectos positivos de red. El hecho de que un nuevo miembro –sea conductor o pasajero– se integre en una plataforma de tecnologías disruptivas y economía colaborativa produce un efecto beneficioso sobre los restantes, porque estimula y a la larga, incrementa la cantidad y la variedad de la oferta de la que todos ellos pueden beneficiarse. Nótese que cuanto más densa sea la red de pasajeros y conductores de UBER que operan en una determinada ciudad, menores serán los tiempos de espera que median desde que los primeros solicitan una carrera hasta que esta se inicia. A las personas que viajan frecuentemente a otras ciudades, situadas incluso en diferentes países, también les interesará que en ellas exista un número suficiente de conductores integrados en dichas plataformas –lo que solamente ocurrirá si hay cierto número de personas que demandan sus servicios–, porque ello reducirá enormemente los costos en los que han de incurrir para contratar allí una carrera, tan solo necesitarán apretar un botón.

V. Regulaciones del transporte de personas que han devenido irracionales y desproporcionadas

Los avances tecnológicos han alterado las bases sobre las que se asentaba la regulación del transporte de personas. Ello ha provocado que muchas de las limitaciones a la libertad de empresa impuestas en la materia hayan devenido irrazonables y desproporcionadas, con lo cual resultan, en consecuencia, inconstitucionales.

a) REQUISITOS DE SEGURIDAD Y CALIDAD

Como ya vimos, para justificar el establecimiento de tales requisitos y controles se ha esgrimido la existencia de asimetrías informativas. Empero, lo cierto es que muchas de dichas asimetrías pueden ser reducidas o incluso eliminadas mediante la información que los pasajeros y conductores se intercambian a través de plataformas digitales, específicamente la de UBER. Es más, cabe pensar que –en muchos casos– dichas plataformas disminuyen tales asimetrías de una manera mucho más eficiente que la Administración Pública, fundamentalmente porque la información generada por los pasajeros y en su caso, por los conductores es sin duda mucho más robusta y fiable que la producida en el procedimiento administrativo para otorgar una concesión o permiso.

Primero, porque dichos sujetos, a diferencia de la Administración, poseen información real de primera mano, evalúan la calidad de los servicios que han recibido efectivamente y no la de los que en un hipotético futuro podrían recibir otros.

Adicionalmente, porque los pasajeros, así como también los conductores efectúan múltiples y constantes observaciones, mientras que el control administrativo es inevitablemente puntual y esporádico, normalmente reservado únicamente para la admisión del sujeto como concesionario o permisionario y nada más.

Finalmente, tanto para los pasajeros como para los conductores pueden ser más valiosas las opiniones de sus pares que las de los funcionarios públicos, por la razón de que sus respectivos puntos de vista e intereses son más próximos en el primer caso que en el segundo.

b) LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE VEHÍCULOS

Es muy dudoso que los argumentos que tradicionalmente se han utilizado para justificar esta restricción cuantitativa sigan siendo válidos a estos efectos. El de la disminución de la polución ambiental y la congestión del tráfico soncuestionables por varias razones.

Una primera razón es que, si se quiere lograr ambos objetivos, lo que habría que hacer es reducir de alguna manera el número total de vehículos que circulan por nuestras ciudades –por ejemplo, aplicando un impuesto ambiental– y no solo el de taxis y SEE taxis en particular.

También, es cierto que dicha limitación puede resultar inútil o incluso contraproducente para alcanzar dicha reducción, pues no está en absoluto claro que una restricción tal de la oferta de taxis vaya a repercutir positivamente sobre el medio ambiente y la fluidez del tráfico. Es más, incluso es posible que algunos individuos que viajarían en taxi si la oferta fuese mayor recurran a vehículos privados y por ende, la polución y la congestión acaben agravándose (como en efecto sucede en Costa Rica).

El argumento de que el *numerus clausus* facilita el cumplimiento de la normativa reguladora del sector tampoco es de recibo. La Administración dispone de otros medios efectivos y menos restrictivos de la competencia para garantizar la observancia de la ley. Debe tenerse en cuenta también que –si el número de taxis queda por debajo del socialmente óptimo– los tiempos de espera de los usuarios serán excesivos. Además, la reducción de la competencia que resulta de la limitación reduce significativamente los alicientes que los empresarios tienen para mejorar la calidad del servicio. De hecho, en algunas ciudades la referida restricción cuantitativa nunca ha llegado a establecerse o ha sido eliminada y los resultados pueden considerarse moderadamente positivos.

c) FIJACIÓN DE PRECIOS

La fijación administrativa de los precios tampoco parece hoy justificable. Para empezar, porque impide que los prestatarios del servicio compitan entre sí por ofertar mejores precios, lo que perjudica a los usuarios.

A mayor abundamiento, la rigidez de los precios establecidos por la Administración hace que estos no puedan reflejar en cada momento las variaciones de la oferta y la demanda, lo que a su vez imposibilita que la una se ajuste a la otra de manera que se maximice el bienestar del conjunto de los afectados. Esto provoca –por ejemplo– que en determinadas horas del día en las que la demanda resulta especialmente elevada la oferta sea insuficiente, pues los precios no son lo bastante altos como para atraer a más conductores y viceversa, en los momentos en los que la oferta es débil, no hay posibilidad de incrementarla haciendo bajar los precios.

Finalmente, es también cierto que los dispositivos tecnológicos como los empleados por UBER reducen hasta la insignificancia práctica los costos de transacción que antes se esgrimían para la fijación imperativa de tarifas.

VI. ¿Es necesario que el estado sea el regulador de las economías colaborativas?

A la vista de lo que se viene señalando, vale la pena entonces hacerse la pregunta del millón: ¿con fundamento en qué parámetros debe escogerse el sistema de intervención administrativa por aplicar a las tecnologías disruptivas y economía colaborativa?

Para responder a esta pregunta lo primero es contextualizar la naturaleza jurídica de las actividades, pues dependiendo de ello la regulación será más o menos intensa. La mayoría de las manifestaciones de las tecnologías disruptivas y economía colaborativa no encajan en los conceptos y supuestos de hecho fijados por la normativa preexistente, pensada para realidades sociales distintas. Suelen estar a horcajadas entre dos o más categorías jurídicas tradicionales. Constituyen, así, una mixtura de fenómenos que antes resultaba relativamente fácil identificar, pero que ahora han sido totalmente trastocados.

Bajo esa premisa, entonces, tenemos que se trata de regular el ejercicio de derechos fundamentales –específicamente los derechos fundamentales de iniciativa privada y elección, por medio del derecho humano a Internet–, razón por la cual su interpretación debe ser siempre conforme con los principios *pro homine y pro libertatis*. En consecuencia, debe optarse por aquella técnica interventora que suponga la menor restricción de la libertad, en el entendido de que esta es la regla y la limitación, en cambio, la excepción. Así, debe buscarse la menor afectación en los derechos de los administrados; es decir, no solo regular únicamente en aquellos campos donde exista verdadera necesidad, por estar de por medio la tutela de la moral, el orden público y los derechos de terceros[7], sino también hacerlo de la forma más benigna posible, todo ello de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Claro debe quedar –eso sí– que ni la ley ni la regulación habilitan a los particulares para ejercer sus derechos. No se requiere regulación para poder emprender. No se hace primero la ley para que después el ser humano pueda innovar, sino al revés. En síntesis, la historia no sigue al Derecho, sino el Derecho a la historia, o al decir de Hobbes: "Las libertades dependen del silencio de la ley, es decir, donde la legislación del soberano no exista, nacerá la libertad"[8].

---

7 ***Constitución Política de la República de Costa Rica***
Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.
Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.
No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

8 HOBBES, Thomas. *Del ciudadano y el Leviatán*. Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1999.

a) LA AUTORREGULACIÓN COMO ALTERNATIVA

Hasta ahora, el concepto se ha utilizado con referencia a la capacidad del mercado para encontrar su propio equilibrio, sin injerencia alguna del Estado[9]. Sin embargo, en los últimos tiempos se viene advirtiendo un cambio en las relaciones entre la autorregulación social y la regulación estatal. La primera ha dejado de ser un fenómeno estrictamente privado para convertirse en una realidad con decisiva influencia en la actuación de las Administraciones Públicas. De suerte que autorregulación social y regulación estatal no son ya dos realidades enfrentadas, sino dos círculos cuyos puntos de intersección son cada vez más numerosos.

Y es que la mayor complejidad técnica, económica, organizacional y ética de la sociedad actual ha impulsado una transformación del modelo de Estado hasta ahora vigente, especialmente en lo atinente a la regulación pública de determinadas actividades y sectores. Hace un siglo no se concebía que existieran ámbitos en los que los privados estuvieran mejor preparados que los cuerpos técnicos de la Administración Pública para conocer y responder a las demandas de protección frente a los riesgos generados por un incipiente desarrollo industrial. Hoy, sin embargo, ya no hay prefectos de Napoleón que lo sepan y lo puedan todo, y la teoría de Max Weber –según la cual la legitimación de la administración burocrática se sustenta en su autoridad técnica– está claramente superada. Por el contrario, actualmente el riesgo de captura del regulador por el regulado –por su mayor conocimiento del mercado y la actividad– constituye un riesgo omnipresente (¡qué mejor ejemplo que el Consejo de Transporte Público!).

En este contexto de deslegitimación de los poderes públicos –propio del tránsito de la teoría clásica del Estado, basada en

9 STIGLITZ, Joseph E. Caída Libre. El Libre Mercado y el Hundimiento de la Economía Mundial. W.W. Norton & Company, Inc. Primera edición: abril de 2010, pág. 188.

el principio de separación entre esta y la sociedad, hacia la teoría de la sociedad policéntrica formulada por Niklas Luhman– tiene su génesis la autorregulación, originada propiamente de la sociedad misma, no en busca de desregulación, sino por el contrario, con la pretensión de una regulación más rigurosa que los poderes públicos no pueden brindar, adentrándose propiamente en el núcleo de la materia de que se trata y más importante aún, sin los recurrentes problemas de legitimación que se achacan a la normativa que emite el regulador. Por tanto, no se trata –como creen algunos– de volver al "buen salvaje" de Rousseau.

Bajo esa premisa, la autorregulación ha dejado de ser la forma de expresión propia de grupos cerrados de particulares para extender su influencia más allá de la realidad social en la que se engendra. Por su parte, la regulación estatal se ha despojado parcialmente de su tradicional carácter coactivo y autoritario, y simultáneamente ha renunciado a intervenir directamente en ciertas relaciones sociales, permitiendo la autorregulación. De este modo, ha aumentado la regulación no imperativa, sin que desaparezca –por otra parte– la regulación de carácter imperativo ni el control estatal de sus contenidos. Sucede, no obstante, que esta regulación y este control se dirigen ahora a garantizar y a supervisar que los fines del Estado –que ahora también son de la sociedad– sean satisfechos mediante la autorregulación social, mientras que la regulación estatal se concentra en la atribución de competencias, en el establecimiento de procedimientos y en el reconocimiento de los efectos de la autorregulación, dejando a esta la fijación y el control de los contenidos normativos primarios[10]. Al decir del Profesor Esteve Pardo:

> "El Estado debe entonces replegarse a otras posiciones estratégicas y desde ellas desarrollar una actividad con otra longitud de onda. No se trata ya de la actividad material directa –de control, de prestación o de otro tipo–, para la que no dispone de medios o conocimientos, pues se encuentran éstos en la sociedad, sino de garantizar que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad, accesibilidad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios. El Estado ha de mantener en lo posible, garantizar, sus fines sin disponer de los medios e instrumentos que tenía hasta tiempos recientes. (...) El Estado garante tiene pues ante sí el reto de mantener los fines sin disponer de los medios"[11].

b) LA AUTORREGULACIÓN REGULADA: MI PROPUESTA

Algunas veces la autorregulación nace simplemente para superar el déficit normativo del Estado en general, por medio de iniciativas voluntarias de los propios regulados. Pero luego, esa autorregulación, que en principio no tenía incidencia pública, es reconocida y hasta asumida por el propio Estado, y es ahí cuando hablamos de la autorregulación regulada.

Así, entonces, los instrumentos de intervención directa del Estado son sustituidos por técnicas indirectas de regulación. El Estado supervisa la actuación privada de aprobación y aplicación de normas y controles de cumplimiento de estas, asegurándose que sus destinatarios realmente se sometan a ellas y se garantice

10 DARNACULLETA i GARDELLA, Ma. Mercè. Autorregulación y Derecho Público: *La Autorregulación Regulada*. Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, pp. 279-280.

11 ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Marcial Pons, 2013, pps. 170-171.

la capacidad técnica y sometimiento a los fines públicos de los sujetos privados que aprueban las normas y controlan su cumplimiento. La actuación del Estado, por tanto, está dirigida no ya directamente al objeto material o actividad regulada de que se trate, sino a los sujetos privados que, mediante la autorregulación, inciden directamente en dicho objeto o actividad. La policía administrativa se mantiene, pero no se ejerce de forma directa. No es más policía de intervención o regulación, sino de supervisión.

Pues bien, en esta relación de cooperación entre el Estado y los sujetos privados, el primero transforma su tradicional intervención intrusiva y dirigista en una regulación externa de verificación y control, orientadora o incentivadora. El Estado ya no entra en los aspectos internos de la actividad regulada –que se dejan a los propios regulados que, por tener más contacto con la actividad, deben tener mejor conocimiento de esta– sino que se limita a fijar estándares mínimos, establecer incompatibilidades o prohibiciones, proteger la libre competencia y hacer efectivo el cumplimiento de las leyes, incluidas las autorregulaciones. Se decanta aquí la libertad a la inglesa –en contraposición a la francesa– que se fundamenta en la premisa de que los seres humanos, si bien hechos a semejanza de Dios, no son Dios, sino ignorantes en mayor o menor grado y por tanto, solo dejándolos actuar libremente podrá la sociedad ensayar el mayor número de soluciones posibles a los múltiples problemas, con lo que la posibilidad de encontrar una buena solución aumenta[12].

Es este, precisamente, el instrumento regulatorio por el que abogo –cuando menos en el caso de UBER–, pues es claro que se trata de un tercero, dueño de la plataforma, que ha venido a sustituir a los reguladores y corregir sus fallos de la regulación. Ya lo vimos con anterioridad, la autorregulación que vía contrato realiza UBER en el mercado del transporte de personas, por medio de los términos y condiciones que contractualmente se disponen entre conductores y UBER, y pasajeros y UBER, logra regular de manera mucho más adecuada la relación entre pasajeros y conductores. UBER cumple así las tres funciones esenciales de un regulador: norma el servicio y el mercado, lo supervisa e incluso resuelve conflictos entre pasajeros y conductores, todo ello vía contractual.

Por tanto, sin temor a exagerar, me atrevo a aseverar que –si en su momento la idea de regulación económica constituyó una alternativa a la idea de intervención administrativa[13]–, precisamente por privilegiar los mercados por sobre el dirigismo del Estado, hoy las economías colaborativas se presentan como un cambio de paradigma: aquél en el que el Estado garante debe mantener los fines, pero ya sin disponer de los medios[14].

12 VARGAS MADRIGAL, Thelmo. *Dejad Escoger: un ensayo sobre teoría de decisiones. San José, C.R.: Academia de Centroamérica, 2004. Más ampliamente el autor explica: "El por qué conviene que exista libertad puede defenderse desde dos puntos de vista opuestos: el primero (o versión francesa) supone que el hombre, hecho a imagen y semejanza de Dios, es racional y, si se le deja en libertad, él hará lo que mejor convenga a él y a la sociedad. El segundo (o versión inglesa) se fundamenta en la premisa de que los seres humanos, si bien hechos a semejanza de Dios, no son Dios, sino ignorantes en mayor o menor grado y, por tanto, sólo dejándolos actuar libremente podrá la sociedad ensayar el mayor número de soluciones posibles a los múltiples problemas, con lo que la posibilidad de encontrar una buena solución aumenta".*

13 DEL GUAYO CASTIELLA, *Íñigo. Regulación. Marcia*l Pons, 2017, pp. 11-13.

14 Op. cit ESTEVE PARDO, José...

4 Prerrogativas de la administración en los contratos de participación público-privada

Pablo E. Perrino
Presidente de ASIER, Argentina

I. Introducción

En este trabajo nos centraremos en el estudio del régimen de prerrogativas de la Administración contratante en la legislación de Contratos de Participación Público-Privada (contratos de PPP)[1], Ley Nº 27.328[2], dictada en noviembre de 2016 con el objetivo de alentar las inversiones privadas[3] necesarias para dar respuesta al grave déficit que Argentina tiene en materia de infraestructura[4] y servicios públicos[5].

1 Si bien no existe una noción uniforme e internacionalmente aceptada de los contratos de PPP, se los puede definir como: "acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, y sistemas de transferencias de riesgos y consecuentes responsabilidades tienen por objeto el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras y servicios, públicos o de interés público; reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de regulación y control de las actividades desarrolladas en tales casos" (Aragone Rivoir, Ignacio, ***Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos***, en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI), Nº 25, Madrid, 2006, pp. 11 y ss). Explica de la Riva que: "Una de las constantes más destacadas que se viene observando a nivel macroeconómico en la mayor parte de los países occidentales en los últimos años reside en la preocupación por intentar armonizar la participación de los sectores público y privado en la ejecución de proyectos de infraestructura, con vistas a sumar las ventajas que pueda aportar cada una de esas órbitas. El objetivo consiste en identificar el esquema de articulación más apto para cada proyecto en particular, de modo de dar con la distribución de las cargas y riesgos que resulte más eficiente de cara a cada proyecto. Así nació la figura de la asociación público-privada, conocida también por las siglas "app", o "ppp" en razón de su denominación en inglés (public-private partnership).
Esta expresión, en realidad, hace alusión a una multiplicidad de formas de colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas, destinadas a afrontar asociadamente tanto la construcción de obras de infraestructura como la prestación de servicios públicos" (de la Riva, Ignacio M., ***Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas***, Revista digital de Derecho Administrativo, Nº 17, primer semestre/2017, pp. 193 y ss. http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/viewFile/4835/5698).

2 La Ley Nº 27.3288 (B.O. 30/11/16) fue reglamentada por el Decreto 118/17 (B.O. 20/2/17), texto modificado por el Decreto 936/17 (B.O.15/11/17). Ver: Lau Alberdi, Jerónimo, ***El régimen de Participación Público-Privada (PPP): concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética***, Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM), Ábaco, Buenos Aires, 2017, N° 12.

3 Si bien el Estado suele participar en el financiamiento de la infraestructura pública, tal como ha ocurrido en nuestro país en los últimos tiempos, es una realidad incontrastable que los presupuestos estatales no tienen capacidad para cubrir la totalidad de las innumerables y diversas demandas existentes al respecto, ya que también deben satisfacerse otras necesidades básicas de la población, como las atinentes a la salud, seguridad social, educación y seguridad, etc., cuya atención por parte del Estado resulta prioritaria e indeclinable. De ahí que al esfuerzo estatal en el ámbito de la infraestructura debe sumársele el aporte del sector privado, a fin de financiar y desarrollar las obras y los servicios públicos que requiere la sociedad.

4 Con la expresión infraestructuras públicas hacemos referencia a toda obra o instalación vinculada con la explotación de un servicio público o está destinada a un uso general. Sobre el alcance y el desarrollo de esta expresión ver: Villar Ezcurra, José Luis, "Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos", AA.VV. ***Nuevo derecho de las infraestructuras,*** Ariño & Almoguera, Abogados (EDS), Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 69 y ss.

5 "En la Argentina la inversión en infraestructura como porcentaje del PIB cayó a la mitad en la última década. Particularmente, la participación del sector privado como proporción del producto se redujo ocho veces en relación con la anterior década" (Castro, L., Szenkman, P. y Lotitto, E. (marzo de 2015). "¿Cómo puede cerrar el próximo gobierno la brecha de infraestructura?". Documento de Políticas Públicas/Análisis N° 148. Buenos Aires: CIPPEC; ver: The Economist Intelligence Unit. 2017. ***Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean: The 2017 Infrascope.*** EIU, New York, NY. (http://infrascope.eiu.com/wp-content/uploads/2017/02/EIU_IDB_INFRASCOPE_2017-FINAL-1.pdf, fecha de acceso 28/12/2017).

Dicho marco normativo, claramente imbuido de las enseñanzas de nuestro homenajeado, contempla un razonable equilibrio entre las prerrogativas administrativas y los derechos de los contratistas. Con ello lo que el legislador persigue es generar la seguridad jurídica[6] imprescindible para la concreción de relaciones contractuales de largo aliento, con prestaciones de gran complejidad y magnitud que requieren la inversión de altas sumas de dinero del sector privado[7].

II. Los contratos de PPP en la legislación argentina

En el Artículo 1º, párrafo 1º de la Ley Nº 27.328 se definen los contratos de PPP como *"aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8º de la Ley 24.156*[8] *y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica"*[9].

Los contratos de PPP pueden versar sobre el diseño, la construcción, la ampliación, la mejora, el mantenimiento, el suministro de equipamientos y bienes, la explotación u operación y el financiamiento del proyecto que se contrate[10].

Este tipo de contratos son instrumentos alternativos a las modalidades contractuales tradicionales para la provisión de infraestructuras, bienes y servicios públicos, tales como

6 Como afirma Ezequiel Cassagne: "El eje de toda regulación de APP debe residir en el respeto de los contratos, en el cumplimiento de la palabra y en el establecimiento de un marco de reglas claras que otorguen confianza y seguridad jurídica a los inversores y a las empresas, quienes deben ser vistos y considerados como verdaderos colabores de la Administración Pública en la consecución conjunta de los intereses públicos concretos que cada contrato busca alcanzar" (Cassagne, Ezequiel, ***Las asociaciones público privadas en la Argentina***, Rev. de Der. Adm. Nº 107, Bs. As., 2016, pp. 923 y ss).

7 Guiridlian Larosa, Javier D., ***Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la Asociación Público-Privada como técnica idónea en pos de su efectiva promoción en un reciente proyecto de ley***, Rev. de Der. Adm. Nº 107, Bs. As., 2016, pp. 855 y ss.

8 Según el Artículo 8 de la Ley Nº 24.156, el Sector Público Nacional está integrado por:
"a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social.
b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.
c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.
d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional".

9 Como señala de la Riva, las técnicas de asociación a alianzas público-privadas configuran un instrumento formal destinado a dar cabida al encuentro entre los intereses de los sectores público y privado, lo cual justifica plenamente que se aluda a ella como una verdadera asociación. Tanto el sector público como el privado tienen importantes aportaciones que hacer para la concreción de los grandes proyectos de infraestructura. Desde esa perspectiva, resulta tan errado pensar que la participación del sector privado se debe limitar a brindar el financiamiento necesario para que el proyecto pueda concretarse como percibir la APP como una suerte de velada "privatización por ósmosis" o "privatización soft". Se trata, en suma, de una auténtica alianza en la que cada parte tiene un papel relevante y distinto que desempeñar" (De la Riva, Ignacio M., ***¿Es la "participación público-privada" (PPP) un nuevo contrato administrativo?***, El Derecho suplemento, El Derecho Administrativo, del 03/05/2017).

10 Artículo 1, párrafo 2º de la Ley Nº 27.328. Según lo dispone el Artículo 1, párrafo 3º de la Ley Nº 27.328: *"Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento. El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia".*

contratos de obra pública, de concesión de obra pública y de suministro[11].

Los contratos de PPP se suelen caracterizar por su complejidad, tanto en lo que se refiere a las prestaciones que incorporan, como a los sujetos participantes (públicos y privados), la duración relativamente larga del proyecto a realizar[12], el modo de financiación, que debe recaer preponderantemente en el sector privado, y la modalidad de asignación de los riesgos entre cada una de las partes contratantes.

Por las singularidades mencionadas de estos contratos, es evidente que la forma en que se regulen las prerrogativas de la Administración contratante y los derechos de los contratistas e inversores constituye una cuestión de suma importancia, por lo que –de no estar razonablemente regulado– puede aumentar considerablemente la exposición a riesgos[13] y llegar al punto de encarecer el proyecto e, incluso, tornarlo inviable[14].

Es que, si bien la asunción de riesgos es inherente al ejercicio de cualquier actividad empresarial, cuando esta tiene por objeto el desarrollo de proyectos de infraestructura de interés público, debido a la cuantía y los largos períodos de maduración de las inversiones, los riesgos son sumamente altos, diversos[15] y pueden afectar la ecuación económica financiera del contrato[16].

La construcción de infraestructura requiere la inversión de ingentes sumas de dinero para su desarrollo, las cuales –usualmente– deben erogarse en la etapa inicial del contrato y una vez invertidas, quedan definitivamente afectadas al destino para el cual han sido

11 En tal sentido, el Artículo 2 de la Ley Nº 27.328 dispone: "*Los contratos de participación público-privada constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520, y sus modificatorias, y por el decreto 1023/2001 y sus modificatorias*". Por tal motivo, en el Artículo 31 de la Ley Nº 27.328 se dispone que a los contratos de PPP no les son de aplicación directa, supletoria ni analógica las citadas normativas.

12 El plazo del contrato suele ser extenso, porque debe permitir la recuperación de las inversiones efectivamente realizadas, el repago del financiamiento aplicado al proyecto y la utilidad razonable del contratista. El Artículo 4, inciso d de la Ley Nº 27328 dispone que el plazo del contrato de participación público-privada no puede superar en ningún caso los 35 años de duración, incluyendo las eventuales prórrogas.

13 En tal sentido ha señalado Cassagne: "Como condición básica para la implementación del financiamiento privado de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica, a través de regulaciones razonables y, sobre todo, estables, destinadas a perdurar en el tiempo, no sólo porque éste es un factor preponderante para atraer la participación misma del sector privado en emprendimientos públicos, sino también, como lo ha reconocido el propio Estado, porque el riesgo derivado de la falta de seguridad jurídica es un elemento que indudablemente encarece las obras" (Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2009, pp. 274-275).

14 *Financiamiento privado de infraestructuras. Estudio de alternativas y experiencias en proyectos de participación público-privada para América del Sur. Sector transporte*, Corporación Andina de Fomento, 2008, p. 198, http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2008/01701.pdf

15 Hay riesgos comerciales, de desarrollo del proyecto, de operación, financieros, regulatorios y políticos, derivados de situaciones de fuerza mayor, etc.

16 En tal sentido, han puesto de resalto Levy y Spiller que la principal diferencia entre los activos de infraestructura y otros tipos de capital está dada por el gran número de imperfecciones de mercado que caracteriza el sector de la infraestructura, lo que hace que la acumulación y operación de estos activos hagan necesario contar con normas que regulen la interacción de las partes y por tanto, una amplia intervención del Estado. Entre las imperfecciones de mercado que estos autores identifican en la provisión de servicios de infraestructura se encuentran la presencia de activos hundidos (con altos capitales invertidos), que no pueden ser desmontados una vez instalados, tecnologías con importantes economías de escala y el carácter de consumo masivo que tienen los servicios prestados que los hace muy sensibles a las decisiones políticas. Este último punto alienta a la implementación de distintas regulaciones y controles por parte de los gobiernos no solo para solucionar imperfecciones y externalidades, sino como instrumento de política económica (por ejemplo, para redistribuir el ingreso). Levy, Brian & Spiller, Pablo T. A framework for resolving the regulatory problem. In B. Levy & P. Spiller (Eds.), *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications (Political Economy of Institutions and Decisions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 1 y ss).

aplicadas. Se trata, como suele decirse, de costos hundidos, cuya recuperación y amortización suele demandar períodos de extensión muy considerables. De ahí que la adecuada asignación de estos riesgos resulte determinante para minimizar costes y aumentar la eficiencia de los proyectos[17].

Algunos de los riesgos más importantes a los que se ven expuestos los contratistas y financiadores derivan de medidas que pueden adoptar las autoridades públicas en ejercicio de las tradicionales prerrogativas con que cuenta la Administración contratante durante la ejecución de los contratos públicos, tales como modificar el contrato y extinguirlo por razones de oportunidad e ilegitimidad[18].

17 Como es evidente, ello tiene importantes repercusiones en el costo de capital y la remuneración del contratista.

18 La experiencia revela que, generalmente, se emplean en los momentos de mayor debilidad del contratista, como cuando la inversión principal ya ha sido realizada y la infraestructura ha sido construida.

III. Riesgos contractuales y ecuación económica financiera

Un elemento clave en la contratación pública es el principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera, derecho cuyo origen se remonta al famoso caso resuelto por el Consejo de Estado Francés "Cie, Général Française des Tramways", el 11 de marzo de 1910, en el cual se sostuvo, en las conclusiones del Comisario de Gobierno Léon Blum, que es de la esencia misma de todo contrato el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se le acuerdan al cocontratante y las obligaciones que le son impuestas.

Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato está implicada,

como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al cocontratante y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato[19].

El concepto mismo de ecuación económica financiera, entendida como "la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes"[20], muchos de los cuales –agregamos– son consecuencia de los riesgos y contingencias asumidos[21], lleva implícito el derecho del contratista a su mantenimiento y restablecimiento frente a aleas administrativas o económicas que sean imprevisibles, ajenas a su voluntad y susceptibles de afectar en su perjuicio las condiciones económicas pactadas al momento de celebración del contrato[22].

Se trata de un derecho de los contratistas que tiene base constitucional en las garantías constitucionales que aseguran que la propiedad es inviolable (Artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional) y fundamentalmente, la que establece que la igualdad es la base de las cargas públicas (Artículo 16 de la Constitución Nacional)[23]. Dichas garantías vienen a compensar el peso de las prerrogativas, inusuales en el derecho privado, que el ordenamiento jurídico le atribuye a la Administración para intervenir unilateralmente sobre la relación contractual en aras de servir el interés público[24]. Además, estas garantías son una consecuencia de la configuración del contratista como un verdadero colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos[25].

19 Long, Marceau et. Al., ***Les grands arrets de la jurisprudence administrative***, 17ème ed., Dalloz, Paris, 2009, pp. 131 y ss; ver Laubadere, André de, ***Traité Theorique et pratique,*** Librairie Générale de Droit et jurisprudente R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1956, t. II, p. 33.

20 Marienhoff, Miguel S. ***Tratado de Derecho Administrativo***, 2ª ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1978, T. III-A, p. 470.

21 Los riesgos válidamente asumidos son, junto con los demás derechos y obligaciones convenidos, elementos constitutivos de la ecuación económica contractual. Por tanto, no pueden ser ulteriormente modificados –ni para atenuarlos, suprimirlos, incrementarlos o trasladarlos a la otra parte–, puesto que se alteraría la ecuación económica financiera, con la consiguiente afectación para uno de los contratantes.

22 Conf. Rodríguez, Libardo R., ***El equilibrio económico en los contratos administrativos,*** 2ª ed. Temis, Bogotá, 2012, pp. 25-27 y 32-37. "Esta "garantía" del cocontratante particular o "sujeción" de la Administración es parte del régimen exorbitante propio de los contratos administrativos y balancea las prerrogativas estatales vinculadas a la ejecución del contrato, especialmente la potestad modificatoria, que es la que ha dado origen a la formulación teórica de dicha garantía" (Guglielminetti, Ana Patricia, ***Prerrogativas y garantía contractuales a través del prisma del financiamiento privado***, Rev. de Der. Adm. Nº 107, Bs. As., 2016, pp. 903 y ss).

23 Explica Cassagne que: "existe una fundamentación unitaria que justifica el mantenimiento del equivalente económico en el contrato administrativo sobre la base de principios jurídicos dogmáticos propios del derecho público, que carecen de sentido en el ámbito de las relaciones privadas", como son el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas y el de continuidad en la ejecución de los contratos (Cassagne, Juan Carlos, ***Curso de Derecho administrativo,*** cit., T. II, p. 460). Seguidamente, afirma el citado jurista que "si sobre el contratista recae la carga de soportar el peso del régimen exorbitante, que incluye, en algunos casos, la obligación de ampliar sus prestaciones por la modificación contractual que disponga unilateralmente la Administración, o bien de cumplir el contrato pese al cambio producido en las circunstancias originariamente convenidas y previstas, ya sea causa del alea administrativa provocada por hechos del propio Estado (***factum principis***) o el alea que tiene su origen en la economía general (teoría de la imprevisión), resulta lógico otorgarle una compensación que le permita, al menos, continuar en la ejecución del contrato. De lo contrario, los contratistas sufrirían una carga pública de un modo desigual, pues la situación de sacrificio especial en que se hallan no les sería compensada, pese a incidir sobre ellos una carga que no pesa sobre las demás personas" contratos (Cassagne, ***Curso de Derecho Administrativo,*** cit. t. II, p. 460).

24 Bien se ha dicho que "en los contratos administrativos, el juego del interés público, al que ha de servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación" (Rodríguez Arana, Jaime, ***Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas***, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 12, 2008, p. 795).

25 Escola, Héctor Jorge, ***Tratado integral de los contratos administrativos***, Depalma, Bs. As. 1977, T. I, p. 453.

Obviamente, el principio del equilibrio económico-financiero no puede ser entendido como una suerte de seguro para el contratista frente a los eventuales déficits o malos resultados de la gestión contractual[26], pues este debe soportar –como regla– los riesgos previsibles que deriven del alea normal del negocio[27]. En tal sentido se ha señalado: "no se trata de una garantía de rentabilidad por parte del contratista. Por el contrario, el restablecimiento de una ecuación económica contractual es una garantía de estabilidad de los contratos, no de cierta ganancia"[28].

La ecuación económica financiera del contrato puede verse alterada como consecuencia de riesgos anormales originados muchas veces por la intervención directa o indirecta del Estado en la ejecución del contrato (V. gr. modificación o extinción anticipada del contrato por razones de interés público, hecho del príncipe, etc.)[29].

Dada la importancia de la ecuación económica-financiera en los contratos de PPP, la legislación argentina y su decreto reglamentario contienen diversas disposiciones tendientes a su adecuada preservación. Así, en el Artículo 9, inciso f) se dispone que, sin perjuicio de lo que se establezca en la reglamentación, los pliegos y la documentación contractual, los contratos de participación público-privada deberán contener, entre otras previsiones, "*los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar la ecuación económico-financiera del contrato*".

A su vez, en la reglamentación de esta norma se determina: "*El Contrato PPP deberá contener mecanismos para restablecer, dentro de un plazo máximo fijado al efecto en el Pliego, su ecuación económico-financiera original cuando ésta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio, todo ello, en los términos contemplados en el Pliego. Vencido dicho plazo sin solución satisfactoria para la Parte afectada, ésta podrá recurrir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su defecto al arbitraje o al tribunal*

26 En este sentido, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Cont. Adm. Fed. sostuvo: "La ecuación económica financiera no constituye una especie de seguro del co-contratante contra eventuales déficit de explotación, ni hace desaparecer el umbral de riesgo que el contratista necesariamente asume. Es solamente la relación aproximada entre cargas y ventajas que la empresa tomó en consideración al momento de contratar. Por tal motivo, cuando las variaciones de costos se instrumentan a través de fórmulas polinómicas incorporadas al contrato, ambas partes deben aceptar sus resultados sea que impliquen un aumento o una reducción de los precios ofertados al momento de la licitación" (Causa ***Vector Ingeniería Soc. Colectiva c. Obras Sanitarias de la Nación***, sent. del 31/3/99, LL 2000-C, 159). En igual sentido se pronunció la Sala IV de la mencionada Cámara de Apelaciones en la causa "Compañía Misionera de Construcciones S.A. c. Dirección Nac. de Vialidad", sent. del 27/4/1998, LL, 1999-A, 162.

27 Conf. SCBA, causa ***Hormigovial S.A. v. Municipalidad de la Plata***, sent. del 27/6/07, LL, cita online: 70041774. Distinta es la situación que se presenta frente a riesgos imprevisibles y ajenos al contratista, y que pueden provenir de aleas extraordinarias o económicas cuyas consecuencias perjudiciales él no esté obligado a soportar en beneficio de la comunidad sin la respectiva y pertinente compensación (Escola, ***Tratado integral de los contratos administrativos***, cit. t. I, p. 453).

28 Cassagne, Ezequiel, ***Las asociaciones público privadas en la Argentina***, Rev. de Der. Adm. Nº 107, Bs. As., 2016, pp. 923 y ss.

29 La doctrina es conteste en sostener que las causales que pueden provocar el quiebre de la ecuación económico–financiera de los contratos administrativos son básicamente los supuestos que dan lugar a la ***potestas variandi***, el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión (Vedel, Georges, ***Derecho administrativo***, Aguilar, Madrid, 1980, pp.209/212; Marienhoff, ***Tratado de Derecho Administrativo***, cit., T. III-A, pp. 473-474; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, ***Curso de Derecho Administrativo,*** 8ª ed., Madrid, 1997, t. II, pp. 728 y ss; Brewer Carias, Allan R. ***Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica***, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, t. III, pp. 770 y ss, Cassagne, ***Curso de Derecho Administrativo,*** cit., t. II, p. 460 y pp. 463 y ss. En igual sentido se pronuncia Ariño Ortiz, Gaspar, aunque incorporando también entre las causales de ruptura el ***error calculi*** (***Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos***, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 248). La inejecución o ejecución defectuosa de una obligación contractual por la Administración contratante suscita un supuesto de responsabilidad contractual, la cuales es –entonces– la consecuencia natural y lógica del quebrantamiento de los principios ***lex contractus*** y la fuerza obligatoria del contrato expresamente receptados en la contratación civil y plenamente [...] imperantes en la contratación pública (Perrino, Pablo E., "La responsabilidad contractual del Estado", en AA.VV. ***Tratado general de los contratos públicos***, Cassagne, Juan Carlos Director, La Ley, Bs. As. 2013, T. III, pp. 186. y ss).

judicial competente, según se lo hubiera previsto en el Pliego. Se considerará que una alteración es significativa cuando se hubiesen alcanzado los parámetros que, a tales efectos, deberán establecerse en el Pliego y en el Contrato PPP"[30].

Además, en el Artículo 9, inciso b) de la Ley Nº 27.328 se exige que en los pliegos y en la documentación contractual se regule: "*El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato*".

Asimismo, en el Artículo 9, inciso s) de la legislación citada se contempla la *exceptio non adimpleti contractus*[31], al disponerse que en el pliego o el contrato se deberá regular: "*s) La facultad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, delimitándose los supuestos para su procedencia"*[32].

IV. Las prerrogativas de la Administración contratante en los contratos de PPP

Si bien la Ley Nº 27.328 contempla la mayoría de las clásicas prerrogativas[33] de la Administración contratante (dirección, inspección y control, sancionatoria, modificación del contrato por razones de interés público, resolución por razones de interés público[34], etc.), prevé diversas limitaciones a su ejercicio, que operan como garantías en favor de los contratistas y financistas, a fin de equilibrarlas razonablemente, desalentar su ejercicio abusivo y proteger la ecuación económica financiera de los contratos.

Probablemente, una de las garantías más importantes que alcanza a todas las prerrogativas administrativas, que aspira a dar previsibilidad y minimizar los conflictos entre las partes, radica en que la Administración contratante solo puede ejercer válidamente

30 Artículo 9, inciso 7, Anexo I del Decreto 118/17. También en la reglamentación, al regularse la contraprestación del contratista se dispone: ***"El Contrato PPP podrá prever mecanismos automáticos o no automáticos de revisión de la Contraprestación por variaciones de costos incluyendo los financieros. Cuando se trate de variaciones de costos no financieros y se hubieran previsto procedimientos de revisión no automáticos, éstos se habilitarán de acuerdo a lo previsto en el Pliego o en el Contrato PPP"*** (Artículo 9, inciso, 6, apartado c), Anexo I del Decreto 118/17).

31 Cassagne ha señalado que, "salvo el caso de aquellos contratos que tuvieran por objeto la prestación de un servicio público y en lo estrictamente inherente a su continuidad, la ***exceptio*** no encuentra obstáculos para su procedencia, habida cuenta del principio de justicia en que aquella reposa (la reciprocidad obligacional)". (Cassagne, ***Curso de Derecho Administrativo***, cit, t. II, pp. 455/456).

32 Como acertadamente se ha escrito: "resulta necesario establecer en cada contrato cuantitativa y cualitativamente cuáles son los incumplimientos –en su magnitud– que habilitan al contratista a invocar la excepción de incumplimiento, y muy especialmente cómo se articula esta potestad con el deber de continuidad de la prestación cuando se trata de contratos vinculados con la prestación de servicios públicos" (Guglielminetti, Ana Patricia, ***Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado***, Rev. de Der. Adm. Nº 107, Bs. As., 2016, pp. 903, y ss).

33 Señala Cassagne: "Una de las diferencias más notorias –en relación con los contratos privados–, que exhibe el régimen de ejecución del contrato administrativo, radica en la existencia de prerrogativas a favor de la Administración (Cassagne, ***Curso de Derecho Administrativo,*** cit. T. II, p. 449), las cuales tienen su razón de ser por "el juego del interés público, al que debe servir objetivamente la Administración" (Rodríguez Arana, Xaime, ***Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas***, Anaurio da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2008, 12, pp. 795-812). Y ese "interés público o general en el que se fundan las prerrogativas se conecta directamente con el fin específico del contrato al que está vinculada la potestad de la Administración, lo que impide su ejercicio espurio" (Meilán Gil, José Luis, ***Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos Propuesta de revisión***, Revista de Administración Pública, pp. 11 y ss).

34 Bielsa, Rafael, ***Derecho Administrativo, 7ª*** ed. actualizada por Roberto E. Luqui, La Ley, Bs. As., 2017, t. II, pp. 956 y ss.

aquellas prerrogativas regladas en las normas que regulan los contratos de PPP (esto es, la Ley Nº 27.328, su reglamentación y los pliegos de bases y condiciones) y en la medida en que estén contempladas en forma expresa en los contratos[35]. Así lo dispone claramente el Artículo 9 de la Ley Nº 27.328[36]. De tal modo y como lo propugna Cassagne[37], ello descarta la posibilidad de que se invoquen prerrogativas implícitas o virtuales en los contratos de PPP[38]. Es que, como acertadamente afirma

35 Se ha señalado que ello es necesario en los contratos de PPP para poder realizar una evaluación correcta de riesgos que permita llevar adelante una precisa valuación de costos y una pertinente consideración sobre las posibilidades de financiamiento del proyecto involucrado (Azzarri, Juan Cruz y Vega Olmos, Jimena, *Los contratos de participación púbico-privada*. A propósito del nuevo proyecto de ley, LL 2016-D, 784).

36 En el Artículo 9 se dispone que, sin perjuicio de lo que se disponga en la reglamentación, los pliegos y la documentación contractual, los contratos de participación público-privada deberán contener previsiones en las que se regulen los aspectos esenciales de los contratos, tales como las atinentes al plazo y su prórroga, equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, obligaciones del contratante y del contratista, los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas y las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación y formas de ejecución, y el destino de las sanciones de índole pecuniaria, forma, modalidad y oportunidades de pago de la remuneración, aportes que la contratante se comprometa a efectuar, la facultad de la Administración Pública contratante para efectuar unilateralmente variaciones al contrato solo en lo referente a la ejecución del proyecto, las garantías de ingresos mínimos para el caso de haberse decidido establecerlas, las garantías de cumplimiento del contrato, causales de extinción del contrato por cumplimiento del objeto, vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, razones de interés público u otras causales con indicación del procedimiento a seguir, las compensaciones procedentes en los casos de extinción anticipada, sus alcances y método de determinación y pago, la posibilidad de ceder o de dar en garantía los derechos de crédito emergentes del contrato, así como la titularización de los flujos de fondos pertinentes, los requisitos y condiciones según los cuales la contratante autorizará la transferencia del control accionario de la sociedad de propósito específico y del control de los certificados de participación en el caso de fideicomisos, la facultad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, delimitándose los supuestos para su procedencia, la facultad de ceder, total o parcialmente, el contrato a un tercero, facultad de subcontratación, bienes muebles e inmuebles que revertirán o serán transferidos al Estado nacional al extinguirse el contrato, procedimientos y métodos que resultarán de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato.

37 En este sentido, Cassagne ha señalado: "no existen las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas en los contratos administrativos. Lo que sí existe son las prerrogativas de poder público que posee la Administración Pública derivadas del ordenamiento general que constituyen el régimen administrativo" (Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, cit.,T. I, p. 518). Asimismo, ha puntualizado que, del hecho de considerar que las prerrogativas estatales integran el régimen que rige el contrato administrativo, no puede desprenderse la inclusión en aquel de las cláusulas exorbitantes implícitas, pues las prerrogativas de poder público surgen siempre, en forma expresa, del ordenamiento jurídico (Cassagne, Juan Carlos, *La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)*, El Derecho, 181-942).

38 Para una crítica de la tesis tradicional del contrato administrativo y de las cláusulas exorbitantes implícitas ver: Mairal, Héctor A., *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED, 179-655.

Rodríguez Arana, "las prerrogativas públicas en la contratación administrativa traen su causa (...) no del contrato, sino de la Ley, no son expresión de un derecho subjetivo, sino de una potestad atribuida "ex lege" para atender los intereses públicos (...).

Las prerrogativas de la Administración en esta materia son potestades legales de naturaleza reglada, ya que solo la Ley puede conferir potestades que modulen el contenido de las relaciones contractuales reguladas por la propia Ley"[39].

No está de más señalar que, tal como lo prescribe el Artículo 31 de la Ley Nº 27.328, no son de aplicación directa, supletoria ni analógicamente a los contratos de PPP las disposiciones del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, Decreto 1023/01[40] y sus modificaciones ni las de la legislación de obras públicas, Ley Nº 13.064, concesiones de obras públicas, Ley Nº 17.520 y sus modificaciones. Por tanto, ante tan enfática declaración del legislador, no queda duda de que no son de aplicación en los contratos de PPP las normas de los mencionados ordenamientos jurídicos que regulan las prerrogativas de la Administración y los derechos y obligaciones de los contratistas, cuyo régimen difiere en parte del previsto en la Ley Nº 7.328.

En los acápites siguientes examinaremos aquellas prerrogativas de la Administración contratante a las que la Ley Nº 27.328 le ha dado un especial tratamiento.

1. Prerrogativa modificatoria

La prerrogativa de modificar el contrato de PPP por razones de interés público está prevista en el Artículo 9, inciso i) de la Ley Nº 27.328, en el cual se precisa que solo puede ser ejercida *"en lo referente a la ejecución del proyecto, y ello por hasta un límite máximo, en más o en menos, del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, compensando adecuadamente la alteración, preservando el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento*".

Lógicamente y como se desprende de la norma citada, esta prerrogativa no es ilimitada. Es que, si no existieran límites, quedaría desvirtuada la noción misma del contrato[41].

En primer lugar y como es obvio, el ejercicio de la prerrogativa modificatoria debe ser razonable, no abusivo o arbitrario[42] y estar debidamente justificado en concretas razones de interés público[43], que son en definitiva el fundamento y razón de ser de su existencia[44].

39 Rodríguez Arana-Muñoz, Xaime, ***Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas***, Anaurio da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2008, 12, pp. 795 y ss. En igual sentido ver: Morón Urbina, Juan Carlos, ***La contratación estatal***, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 591/593; Huapaya Tapia, Ramón, ***Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura*** (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la Inversión Privada en el Perú), Revista Ius Et Veritas, N° 46, julio 2013, pp. 284 y ss. Ver también: Durán Martinez, Augusto, ***¿Prerrogativas exorbitantes?***, en Estudios de Derecho Administrativo, 2013, Nº 8, La Ley Uruguay, pp. 564 y ss.

40 B.O. 16/8/01. El régimen reglado en el Decreto 1023/01 se aplica a los siguientes contratos: "***a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias***" (Artículo 4).

41 Marienhoff, ***Tratado de Derecho Administrativo***, cit. T. III-A, p. 400.

42 Cassagne, ***Curso de Derecho Administrativo***, cit. T. II, p. 450.

43 Como dice Marienhoff, la finalidad alegada para introducir la modificación debe ser cierta, sincera, verdadera y no encubrir una traición al fin legal, determinante de una desviación de poder (Marienhoff, ***Tratado de Derecho Administrativo***, cit. T. III-A, p. 402).

44 Comadira, Julio Rodolfo, Escola Héctor Jorge y Comadira Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), ***Curso de Derecho Administrativo***, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, T. I, p. 888.

En segundo lugar, la modificación del contrato no puede afectar su propia sustancia o esencia[45], porque –de lo contrario– se desnaturalizaría su objeto y se arribaría a la conformación de uno diferente, respecto del cual el contratista no ha dado su consentimiento[46]. De ahí que si la Administración altera de manera irrazonable el contrato, el contratista tiene derecho a solicitar su rescisión y el pago de los perjuicios que dicho comportamiento le hubiera producido[47].

La modificación que la Administración Pública puede introducir en un contrato de PPP puede consistir en un aumento como en una disminución de la respectiva prestación. Así surge expresamente del Artículo 9, inciso i) de la Ley Nº 27.328 antes transcripto. Dichas modificaciones pueden incidir sobre diversos aspectos del contrato, tales como: a) la duración, b) el volumen o cantidad de la prestación, c) las condiciones, forma y modo de la ejecución del contrato (v. gr., sustitución de una técnica por otra nueva)[48].

Además, la prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato debe recaer sobre las prestaciones debidas por el contratista. Los términos contractuales que la Administración puede novar son los que configuran y delinean el objeto del contrato que debe realizar el contratista[49]. De tal modo, no alcanza a las obligaciones asumidas por la Administración[50], salvo cuando ello fuera la consecuencia de la modificación de la prestación a cargo del contratista.

El apartamiento de la Administración de los términos en que se materializan sus obligaciones contractuales y en especial las cláusulas que definen los elementos financieros[51], trasuntan, prima facie, un supuesto de incumplimiento contractual.

Asimismo, otra limitación concierne a la necesidad de respetar el equilibrio económico-financiero original del contrato de PPP, tal como lo requiere el Artículo 9, inciso i) de la Ley Nº 27.328. De lo contrario, de alterarse aquel, el contratista tiene el derecho y la Administración la obligación de recomponerlo. Ello es lógico, porque el poder de introducir modificaciones no supone el sacrificio del contratista[52].

La compensación pecuniaria al contratista como técnica de aseguramiento del equilibrio económico financiero del contrato se convierte así en contrapunto al poder de modificación, de suerte tal que su ejercicio debe siempre acompañarse de la correspondiente contrapartida económica que materialice nuevamente la equivalencia honesta de las prestaciones.

45 Cassagne, ***Curso de Derecho administrativo,*** cit. T. II, p. 464.

46 Diez, Manuel M., ***Derecho Administrativo***, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1965, p. 527.

47 Marienhoff, ***Tratado de Derecho Administrativo***, cit. t. III-A, p. 400; Escola, ***Tratado integral de los contratos administrativos***, cit., T. I, p. 397, Cassagne, ***Curso de Derecho administrativo,*** cit. T. II, p. 450.

48 Marienhoff, ***Tratado de Derecho Administrativo,*** cit. t. III-A, p. 399 y Comadira, Julio Rodolfo, Escola Héctor Jorge y Comadira Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), ***Curso de Derecho Administrativo***, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, T. I, p. 890.

49 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1993, t. I, p. 704.

50 Horgué Baena, Concepción, ***La modificación del contrato administrativo de obra: el ius variandi,*** Marcial Pons, Madrid, 1997, p.40. La ***potestas variandi*** no puede usarse, por ejemplo, para producir una variación del precio del contrato o la no puesta a disposición –en su caso– de los medios materiales o jurídicos que definieron los derechos del contratista (disponibilidad de los terrenos, licencia de obras, etc).

51 En Francia se ha sostenido que, el ejercicio de la potestad de modificación del contrato no puede jamás recaer sobre las cláusulas financieras (Richer, Laurent, ***Droit des contrats administratifs***, 5ª édition, L.G.D.J., 2006, pp. 254 y ss).

52 Sarmiento García, Jorge H., "El ius variandi y los contratos de la Administración", ***Contratos Administrativos***, AA.VV, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1999, p. 240.

Según el Artículo 9, inciso 8) del Anexo I del Decreto 118/17, reglamentario de la Ley Nº 27.328, la alteración provocada por la modificación deberá ser compensada *"al Contratista PPP mediante la modificación de algún factor del régimen económico del Contrato PPP. El cálculo de las compensaciones y el ajuste de los factores mencionados anteriormente, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a CERO (0), todo ello considerando la tasa de descuento aplicable según lo disponga el Pliego y/o el Contrato PPP y el efecto económico que las variaciones puedan tener en el Proyecto"*.

Es dable advertir que el Artículo 9, inciso i) de la Ley Nº 27.328 exige que, al ejercitarse la prerrogativa modificatoria, se preserven "*las posibilidades y condiciones de financiamiento*" del contrato de PPP. Esto es clave, porque una característica fundamental de este tipo de contratos es que el contratista privado asume la obligación de proveer el financiamiento total o parcial del proyecto[53].

2. Prerrogativa sancionatoria

Respecto de la prerrogativa de sancionar a los contratistas por sus incumplimientos contractuales, corolario de la prerrogativa de dirección, inspección[54] y control[55], en el inciso d) del Artículo 9 de la Ley Nº 27.328 se exige que se regulen en el pliego o el contrato "*Los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas y las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación y formas de ejecución, y el destino de las sanciones de índole pecuniaria*". A su vez, en la normativa reglamentaria[56] se dispone que en el pliego o el contrato debe detallarse todas las sanciones que pueden ser de aplicación al contratista y que queda prohibido aplicar sanciones no previstas en el pliego o el contrato, o exceder los límites allí dispuestos[57]. Asimismo, se precisa, para desterrar una mala práctica administrativa, que: *"En el análisis de los incumplimientos, el Ente Contratante no podrá subdividir el mismo hecho para imputar más de un incumplimiento, ni tampoco podrá multiplicar las imputaciones por incumplimientos a la misma obligación involucrada en el mismo hecho"*.

La normativa reglamentaria[58] también contiene algunas sanas disposiciones atinentes al procedimiento administrativo para la aplicación de sanciones, que persiguen resguardar el derecho a la tutela administrativa efectiva del contratista[59]. Así, se exige que previamente a la aplicación de una sanción se le otorgue al contratista un plazo razonable, que no puede ser inferior a 10 días, para que pueda presentar el correspondiente descargo y ofrecer la prueba que estime pertinente producir. El plazo podrá ser prorrogado por acto fundado y

53 Artículos 1, 2, párr. y 9, inc. 9, del Anexo I del Decreto 118/17.

54 Afirma Delpiazzo que el "poder de dirección y control no es ilimitado sino que está acotado, en primer lugar, por el objeto del contrato. Pero además no es un poder de principio, de manera tal que la Administración no puede ejercer poderes de orientación y de fiscalización, si ellos no están expresamente previstos" (Delpiazzo, ***Contratación Administrativa***, cit. p. 215).

55 Según lo dispone el 2º párraf. del Artículo 21 de la Ley 27.328 "*La contratante tendrá amplias facultades de inspección y control, pudiendo requerir todo tipo de información vinculada al cumplimiento del contrato y desarrollo del proyecto, garantizando la confidencialidad de la información de índole comercial o industrial en los términos de la legislación vigente.*
La reglamentación o los pliegos podrán prever la posibilidad de acudir a auditores externos con suficiente idoneidad técnica, independencia e imparcialidad y comprobada trayectoria nacional o internacional para controlar la ejecución de los proyectos".

56 Artículo 9, inciso 11, Anexo I del Decreto 118/17.

57 La solución adoptada en el reglamento coincide con las enseñanzas de Marienhoff, Cassagne y Botassi, quienes rechazan la posibilidad de que se puedan configurar sanciones implícitas y no tipificadas legalmente en materia contractual (Marienhoff, ***Tratado de Derecho Administrativo***, cit. T. III-A, p. 415; Cassagne, ***Curso de Derecho Administrativo***, cit. t. II, p. 470 y Botassi, Carlos A., "Potestad sancionadora en la contratación administrativa", AA.VV. ***Contratos Administrativos***, 2ª ed., Ediciones Rap, Bs. As., 2010, pp. 307 y ss). En igual sentido se expide Delpiazzo (Delpiazzo, Carlos E., ***Contratación Administrativa***, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1999, pp. 219-220).

58 Artículo 9, inciso 11, Anexo I del Decreto 118/17.

59 Ver: Perrino, Pablo E. "El derecho a la tutela administrativa efectiva", AA.VV ***"El Derecho Administrativo hoy. 16 años después"***, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Bs. As., 2013, p. 75.

la denegatoria de la prórroga deberá ser notificada con una antelación no menor a los 3 días de la fecha del vencimiento. Finalmente, se prevé el derecho del contratista sancionado a impugnar el acto sancionatorio por la vía que se haya regulado en el Pliego o el contrato y que el pliego debe prever los supuestos en los cuales la impugnación tendrá efecto suspensivo, así como el destino de las sanciones de índole pecuniaria.

3. Prerrogativas de la Administración para extinguir anticipadamente el contrato

Sin lugar a dudas, en este punto radican las innovaciones más relevantes que trae la Ley Nº 27.328, pues se han previsto diversas exigencias y restricciones para el ejercicio de estas prerrogativas que vienen a mitigar los riesgos que asumen los contratistas que tienen a su cargo la ejecución del proyecto de infraestructura, como las de quienes lo financian[60], pues –con la finalización anticipada del contrato–no podrán recuperar el flujo de fondos previsto y muy probablemente, solo tendrán por delante un largo juicio frente al Estado[61].

Tres son los supuestos que examinaremos: (i) suspensión y extinción del contrato por razones de ilegitimidad, (ii) extinción del contrato por razones de interés público y (iii) rescisión del contrato por incumplimientos del contratista.

(i) Prerrogativa de suspensión y extinción del contrato por razones de ilegitimidad

En el Artículo 9, inciso p) de la Ley Nº 27.328 se limita la prerrogativa de la Administración contratante de suspender o declarar la nulidad del contrato de PPP por razones de ilegitimidad[62], al exigir que ello sea solicitado y declarado en sede judicial por un tribunal competente. De tal modo, no es de aplicación respecto de los contratos de PPP lo dispuesto en los Artículos 17[63] y 18[64] de la legislación nacional de procedimientos administrativos[65], aplicable a los restantes contratos administrativos que habilitan a la Administración a ejercer la potestad revocatoria y extinguir en sede administrativa actos administrativos por razones de ilegitimidad cuando concurren los recaudos consagrados en dichas normas[66]. Tampoco es aplicable el Artículo 12, 2º párrafo del mismo ordenamiento jurídico que faculta a la Administración a suspender actos administrativos cuando *"se alegare fundadamente una nulidad absoluta"*.

60 Afirma Mairal: "La posición del Financista es la más vulnerable de todas dado que debe adelantar, al Encargado del Proyecto, fondos cuyo recupero estará sujeto a riesgos más variados y significativos que cuando presta a una empresa ya existente y con cierta trayectoria" (Mairal, Héctor A. *La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos*, Rev. RAP Nº 320, pp. 209 y ss).

61 Mairal, Héctor A. *La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos*, Rev. RAP Nº 320, pp. 209 y ss.

62 Explica Cassagne que "la declaración de invalidez de un contrato administrativo se rige, sustancialmente, por el régimen previsto en los arts. 7 y 14, LNPA, que establecen los requisitos de validez de los actos administrativos y las sanciones aplicables (nulidad absoluta o relativa, según la gravedad del vicio)" (Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, cit. T.II, p. 491).

63 Artículo 17.- *"El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad"*.

64 Artículo 18.- *"El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados"*.

65 Decreto-Ley Nº 19.549 y sus modificaciones.

66 Ver: Sammartino, Patricio M., "La extinción del contrato administrativo: la rescisión por razones de ilegitimidad", AA.VV *Tratado general de los contratos administrativos*, Cassagne, Juan Carlos, director, La Ley, Bs. As., 2013, T. III, pp. 29 y ss.

La experiencia argentina revela que, en más de una ocasión, se ha declarado la invalidez de contratos en curso de ejecución con sustento en lo dispuesto en los Artículos 17 y 18 de la legislación de procedimientos administrativos bajo el argumento del conocimiento del vicio por el contratista, circunstancia que acarrea la invalidez del contrato[67].

La solución de la Ley Nº 27.328 es razonable y solo persigue brindar seguridad jurídica. Si la Administración considera ilegítimo un contrato, puede iniciar el pertinente pleito judicial, en el cual –además, puede solicitar el dictado de una medida cautelar suspensiva. El órgano judicial competente será quien decidirá al respecto.

No creemos que la limitación establecida al ejercicio de la prerrogativa administrativa de declarar la ilegitimidad y la suspensión de contratos de PPP sea inconstitucional. No existe ninguna norma de la Constitución Nacional que confiera ni expresa ni implícitamente a la Administración una potestad de este tenor para extinguir o suspender actos o contratos administrativos. Este tipo de potestades, como cualquier otra, siempre debe tener su fuente en el ordenamiento jurídico y cuando limiten derechos, en normas de rango legislativo, tal como lo exigen los Artículos 14, 19 y 28 de la Constitución Nacional.

67 En el derecho argentino los actos nulos absolutos notificados cuando generan derechos subjetivos que se están cumpliendo y los actos administrativos anulables son irrevocables en sede administrativa por razones de ilegitimidad, salvo que el beneficiario del acto conociera la existencia de los vicios que lo invalidan (CSJN, Fallos: 321:169).

(ii) Prerrogativa de extinción por razones de interés público

Los contratos administrativos pueden extinguirse antes de su finalización normal como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público. Según el tipo de contrato, dicha declaración extintiva puede plasmarse a través de las figuras de la resolución o revocación (como comúnmente se la denomina) por inoportunidad y del rescate. La diferencia fundamental entre ambas modalidades extintivas radica en que el rescate –cuyo ámbito de actuación se circunscribe a los contratos de gestión de servicios públicos y concesión de obra pública[68]– no provoca la extinción del servicio o de la obra concesionada, pues la Administración asume la ejecución del objeto del contrato que le había encomendado al contratista[69].

En el derecho argentino, el ejercicio de esta prerrogativa administrativa está sujeto a

68 Cassagne, *El Contrato Administrativo*, cit., p. 126.

69 Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, p. 575; Pritz, Osvaldo A. F., "El rescate", AAVV colectiva *Los servicios públicos*, coordinada por Marta González de Aguirre, Depalma, Bs. As., 1994, pP. 181 y ss.

escasas exigencias y puede ser empleada en cualquier momento durante la ejecución del contrato[70]. Los tres únicos recaudos que deben reunirse son los siguientes: a) el cumplimiento del debido procedimiento administrativo para el dictado del acto administrativo rescisorio, lo cual conlleva asegurar el derecho constitucional a ser oído previamente[71] (integrante de la tutela administrativa efectiva[72]) del contratista; b) el deber de motivar[73] debidamente el acto administrativo rescisorio, explicitando las razones concretas de interés público que justifican una decisión tan gravosa[74]; c) indemnizar los perjuicios resultantes de la rescisión, puesto que las razones en que se sustenta no son imputables al contratista y se afecta su patrimonio. De lo contrario se lesionarían sus derechos de propiedad (Artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional) e igualdad ante las cargas públicas (Artículo 16 de la Constitución Nacional), en virtud del sacrificio especial ocasionado y respecto del cual no tiene el deber jurídico de soportar.

En los contratos de PPP el ejercicio de la prerrogativa de extinción por razones de interés público está condicionado a los recaudos que seguidamente mencionamos.

70 Artículo 12, inciso b, 2º párrafo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Decreto 1023/01 y sus modificaciones.

71 Artículo 1, inciso f, apartado 1, Decreto-Ley Nº 19.549.

72 Ver Perrino, Pablo E. "El derecho a la tutela administrativa efectiva", AA.VV *"El Derecho Administrativo hoy. 16 años después"*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Bs. As., 2013, p. 75.

73 Artículo 7, inciso d), Decreto-Ley Nº 19.549.

74 Comadira, Julio Rodolfo, Escola Héctor Jorge y Comadira Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, T. I, p. 893 y Balbín, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Bs. As., 2010, T. III, pp. 132-133. En tal sentido Marienhoff rotundamente afirma: "Tratándose de un acto que "extingue" un derecho, la motivación del mismo es de "principio"" (Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, cit. T. III-A, p. 580).

a) Regulación en el contrato de PPP

En primer lugar, en el Artículo 9, inciso p) se establece que la facultad administrativa de rescindir anticipadamente el contrato, al igual que las demás causales de extinción y sus consecuencias patrimoniales, deben ser expresamente previstos en el pliego o el contrato de PPP[75]. De tal modo, en el contrato deberá contemplarse la metodología que se aplicará para efectuar las compensaciones pertinentes.

b) Órgano competente

Según el Artículo 9, inciso 12 del Anexo I del Decreto 118/2017, reglamentario de la Ley Nº 27.328: "*La extinción unilateral del Contrato PPP por razones de interés público deberá ser declarada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional*".

Es razonable que dada la entidad y consecuencias que acarrea una decisión de este tenor sea el titular y "*responsable político de la administración general del país*"[76] el órgano competente para ello.

75 En línea con ello UNCITRAL aconseja: "La posibilidad de una rescisión por motivos de interés público, dondequiera que exista, debe ser dada a conocer a los inversionistas eventuales desde el primer momento y deberá ser expresamente mencionada en el borrador de acuerdo de proyecto que se distribuya con la solicitud de propuestas contractuales" (*Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 42, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf)

76 Artículo 99, inciso 1º, Constitución Nacional.

c) Alcance de la indemnización

Frente al criticable[77] criterio restrictivo que la legislación argentina prevé para la generalidad de los contratos administrativos[78] respecto del alcance de la indemnización que el Estado debe abonar al contratista cuando rescinde el contrato por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, en el Artículo 9, inciso p) de la ley de contratos de PPP se prevé que en los casos de *"extinción del contrato por razones de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial aquellas contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/01 y sus modificatorias"*[79].

Como consecuencia de la inaplicación de las normas mencionadas, que excluyen la indemnización del lucro cesante en supuestos de extinción de contratos administrativos por motivos de interés público, es evidente que este rubro puede integrar el resarcimiento en los casos que el Estado rescinda por tal causa un contrato de PPP[80].

---

77 Hemos sostenido en numerosas ocasiones que la exclusión de la indemnización del lucro cesante es inconstitucional, pues de los Artículos 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema nacional se desprende una regla muy clara que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de terceros, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser "justa", lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado, sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa. Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros, cuya existencia esté asegurada de acuerdo con el curso natural y ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del Artículo 17 de la Constitución Nacional (Perrino, Pablo E., ***Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos***, LL, 2014-C, 1078; ***La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley 26.944***, Rev. de Resp. Civ. y Seg. La Ley, Nº 12, pp. 31 y ss. y ***La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado***, obra colectiva ***Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético***, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, pp.249 y ss y ***La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada***, Thompson Reuters La Ley, Bs. As., 2015, pp. 142 y ss).

78 El Artículo 12, inciso b), 2º párrafo, del Decreto 1023/01 y el Artículo 95 de su decreto reglamentario, Decreto 1030/16 contemplan un resarcimiento acotado que excluye el rubro lucro cesante. Esta solución coincide con la adoptada en el Artículo 5 de la Ley de Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos, Nº 26.944, en el cual se prevé el alcance de la indemnización en los casos de responsabilidad por la actuación legítima del Estado y se lo circunscribe al "***valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas***".

79 Concorde con ello en el Artículo 31, inciso b) de la Ley 27.328 se determina que a los contratos de PPP no le será de aplicación directa, supletoria ni analógicamente el Decreto 1023/01, sus modificatorias y su reglamentación.

80 Afirma con razón Mairal: "en todo país civilizado, el perjuicio causado al cocontratante se indemniza: en algunos países, el Estado carece de esa prerrogativa y, por ende, si la ejerce, incumple el contrato y debe indemnización plena, mientras que en Francia, de cuyo derecho tomamos esas prerrogativas, se indemniza incluso el lucro cesante, regla que también rige en el derecho español" (Mairal, Héctor A., ***La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial***, ED, 260-641).

La solución consagrada por la ley coincide con la propiciada por Cassagne[81] y la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reconoce, en los supuestos de responsabilidad del Estado por la extinción legítima de actos y contratos administrativos fundados en razones de interés público, la indemnización del lucro cesante[82].De tal modo, devienen inaplicables

81 Explica Cassagne, al referirse a situaciones de extinción anticipada de contratos por razones de interés público, que la indemnización, para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de la propiedad, "tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo con el plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada, enderezada, en primer término a remunerar las inversiones" (Cassagne, ***Curso de Derecho Administrativo***, cit. T. II, p. 484). Se han expedido de manera concordante con el criterio del resarcimiento amplio de los perjuicios, comprensivo del lucro cesante, cuando lo Administrativo extingue un contrato administrativo por razones de interés público: Bercaitz, Miguel A. ***Teoría general de los contratos administrativos***, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, pp. 502-503; Barra, Rodolfo C., ***Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos***, ED 122-861; Bianchi, Alberto B., ***Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado,*** E.D., 111-550 y ***Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa,*** Revista RAP Nº 248, p. 9; Fonrouge, Máximo, "La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad", AAVV. ***Contratos Administrativos,*** Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2.000, p. 554; Pritz, Osvaldo Angel F., "El rescate", AAVV. ***Contratos Administrativos,*** antes cit. pp. 243 y ss; Aguilar Valdez, Oscar R., "Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos", AAVV ***Servicio Público y Policía,*** dirigida por Juan Carlos Cassagne, pp. 187 y ss; Eduardo Mertehikian, ***La responsabilidad pública***, Abaco, Bs. As., 2001, pp. 131 y ss; Botassi, Carlos A., ***Contratos de la Administración Provincial***, Scotti Editora, La Plata, 1996, p. 92; Buj Montero, Mónica, "Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral", AAVV ***Contratos Administrativos***, dirigida por Ismael Farrando, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, pp. 551 y ss) y Escola, Héctor Jorge en Comadira, Julio Rodolfo, Escola Héctor Jorge y Comadira Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), ***Curso de Derecho Administrativo***, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, T. I, p. 893 y Balbín, Carlos F. ***Tratado de Derecho Administrativo***, La Ley, Bs. As., 2010, T. III, p. 132; Mairal, Héctor A., ***La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial***, ED del 26/11/14); Mabromata, Enrique, ***El lucro cesante en la revocación de los contratos administrativos***, LL, 1994-B, 352; Perrino, Pablo E., "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público", AA.VV, ***La Contratación Pública***, Cassagne, Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique, directores, Hammurabi, Bs. As., 2007, T. II, pP. 1119 y ss; ***La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante***, JA 11/11/2009; "El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita", obra colectiva, ***Responsabilidad del Estado***, Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2008, pp. 239 y ss, y ***La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada***, Thompson Reuters La Ley, Bs. As., 2015, pp. 165 y ss. En cambio, consideran que no corresponde indemnizar el lucro cesante: Marienhoff, Miguel S., ***El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado***, ED 114-949; "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado"; Comadira, Julio R. ***Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios***, 2ª ed. act. y ampl., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, pp. 381 y ss, y Hutchinson, Tomás, "La Responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público", AAVV. ***Contratos Administrativos,*** Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2.000, pp. 535 y ss).

82 La posición favorable al reconocimiento de indemnizar el lucro cesante en supuestos de extinción por razones de interés público de actos y contratos administrativos ha sido receptada, en varios pronunciamientos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El primero de los fallos indicados se dictó el 20/9/73 en la causa "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos" (Fallos: 286:333). Nuevamente el máximo tribunal se vio obligado a examinar la cuestión al decidir el 20/9/84 el caso "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.C.I.F.I. v. Dirección Nacional de Vialidad" (Fallos: 306:1409), originado por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución, por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia. También en esta ocasión la Corte –si bien por mayoría– admitió la reparación del lucro cesante.

Este criterio fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación 21 años más tarde al sentenciar el 28/7/05 la causa "El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional" (Fallos: 328:2654). El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo Nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá S.A. de la explotación de la frecuencia correspondiente a LT. 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná y disponer la remisión de las actuaciones administrativas generadas por la interposición de un recurso de reconsideración a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa El Jacarandá S.A., conforme a las previsiones del Artículo. 18 del Decreto-Ley Nº 19549. La Corte, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y después de precisar "que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación", afirmó, con cita del fallo recaído in re "Eduardo Sánchez Granel", que ***"no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las***

en los contratos de PPP el Artículo 5 de la Ley Nº 26.944, de Responsabilidad del Estado y de los agentes y funcionarios públicos (que excluye la indemnización del lucro cesante), y también el tercer párrafo del Artículo 1º de la Ley Nº 26.944 y el Artículo 1764 del Código Civil y Comercial, que disponen la inaplicación directa o supletoria de las normas de la responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado[83].

Además, en el Artículo 10 de la Ley Nº 27.328 se fijan dos pautas de suma trascendencia para la determinación de la compensación que debe pagar el Estado: a) aquella nunca puede ser inferior a la inversión no amortizada[84] que

ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306:1409, consids. 4 y 5; 316:1335, consid. 20)". Cuatro años más tarde, el 9 de junio de 2009 *in re* "Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional –P.E.N.– Dto. 1583/96 s/daños y perjuicios" (Fallos: 332:1367), el alto tribunal tuvo una nueva ocasión para pronunciarse acerca de la extensión del resarcimiento en un supuesto de derogación de un régimen reglamentario por razones de oportunidad mérito y conveniencia. El reclamo indemnizatorio que motivó la intervención del superior tribunal de la República tuvo su causa en el dictado del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1583/96, por el cual se había derogado el decreto 520/95 que autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las Zonas Francas de Río Gallegos y Caleta Olivia, en diversas localidades de la provincia de Santa Cruz. Según la actora, fue en consideración a lo previsto en ese decreto que había optado por celebrar con la Provincia de Santa Cruz un contrato para el establecimiento y la explotación de las zonas francas de esas mismas localidades. A su juicio, la modificación normativa ocasionada por la derogación del decreto 1583/96 alteró sustancialmente las condiciones económicas y financieras que había tenido en cuenta al momento de presentarse en la licitación y tornaba ruinoso el cumplimiento de las obligaciones convenidas, razón por la cual rescindió el contrato que había celebrado con la provincia. A raíz de estos hechos, Zonas Francas Santa Cruz S.A. demandó al Estado Nacional a fin de que se lo condene a pagar los daños y perjuicios derivados del dictado del decreto 1583/96, sobre la base de plantear su nulidad e inconstitucionalidad por carecer de causa y motivación suficientes y por desconocer derechos adquiridos nacidos del régimen jurídico derogado. Subsidiariamente, demandó el pago de una indemnización con sustento en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Tanto en primera como en segunda instancia, se entendió que el Estado tenía la obligación de compensar a la demandante por haberse lesionado derechos adquiridos nacidos al amparo de la normativa que había sido derogada, razón por la cual se condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante reclamado, más intereses. Al conocer la Corte Suprema del recurso ordinario de apelación deducido por el Estado Nacional contra la sentencia de la alzada, la mayoría del tribunal resolvió revocar parcialmente el fallo apelado y fijar la indemnización en una suma significativamente menor a la fijada por la cámara. El alto tribunal redujo el monto correspondiente a la reparación del daño emergente por estimar improcedentes algunos rubros reclamados en tal carácter. Respecto al lucro cesante, si bien reiteró el criterio favorable a su reconocimiento establecido en el citado caso "El Jacarandá", rechazó en el caso su configuración por considerar insuficiente la prueba aportada a tal efecto.

A su vez, en la causa "Malma Trading S.R.L. c. Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento", fallada el 15/5/14 (LL, 2014-C, 263), la Corte Suprema de Justicia –si bien rechazó el reclamo indemnizatorio del lucro cesante– no lo hizo por considerar que era como principio improcedente en el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, sino porque consideró que a su respecto, como al igual que con relación a algunos rubros integrantes del daño emergente, el actor no había acreditado que se trataba de perjuicios que constituían un sacrificio desigual, que excedía las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita. Dicha causa fue promovida por una empresa importadora contra el Estado Nacional (Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos), a fin de obtener una indemnización por los daños derivados de la decisión del Ministerio de Economía de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motociclos usados. La demandante, de manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró desierto el recurso ordinario de apelación en lo concerniente a los agravios vinculados a la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo, pero hizo lugar parcialmente a este y declaró procedente el reclamo indemnizatorio con sustento en la responsabilidad estatal legítima de uno de los rubros integrantes del daño emergente. De este modo, el alto tribunal dejó sin efecto la sentencia de la Cámara que, al revocar la de la primera instancia, había rechazado *in totum* la pretensión de la actora.

83 Ver: Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, Thompson Reuters La Ley, Bs. As., 2015, pp. 52 y ss.

84 "La rescisión del acuerdo de proyecto puede producirse antes de que el concesionario haya podido recuperar el capital invertido, reembolsar sus deudas y obtener la ganancia prevista, lo que puede suponer una muy notable pérdida para el concesionario. La autoridad contratante podría también sufrir pérdidas, al verse tal vez obligada a efectuar una inversión adicional o importantes gastos para, por ejemplo, terminar las obras o mantener en funcionamiento el servicio. Por todo ello, el acuerdo de proyecto suele regular en detalle los derechos y las obligaciones financieras de las partes en el momento de la rescisión" (*Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*" elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 180 (http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf)

efectuó el contratista y b) debe asegurar el pago del crédito tomado para financiar[85] el desarrollo del proyecto objeto del contrato[86].

En cuanto a la metodología de cálculo de la indemnización, con buen criterio, en el párrafo 1º. del Artículo 10 del Anexo I del Decreto 118/2017, reglamentario de la Ley Nº 27.328, se determina que "*será establecida en el Pliego y en el Contrato PPP, en base a los principios y procedimientos que, de modo general e internacionalmente, sean aceptados en la materia*".

d) Pago previo de la indemnización

La otra garantía que se prevé en el Artículo 10 de la ley de cita y que constituye una novedad en nuestro derecho, apunta al momento en que la autoridad contratante que decidió extinguir anticipadamente el contrato debe proceder al pago de la indemnización. Al igual que ocurre en materia de expropiación[87], se exige que antes de la toma de posesión de los activos del contratista se abone el resarcimiento pertinente.

Cabe recordar que un relevante sector de la doctrina sostiene que en los supuestos de revocación de actos y contratos administrativos debe aplicarse el régimen jurídico de la expropiación, incluso postulando la necesidad de que medie una declaración legislativa de interés público[88]. Así Cassagne, después de afirmar que el fundamento de la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia tiene cierta similitud con la expropiación, donde el interés privado cede frente al interés público, concluye que en tales casos debe aplicarse en lo pertinente el régimen jurídico del instituto expropiatorio, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 17 de la Constitución Nacional[89]. Ello implica el dictado de una ley declarativa que califique el interés público que funda la extinción por razones de oportunidad[90].

A su vez, Gordillo escribe: "Toda forma de sustitución de un derecho amparado por la garantía constitucional de la propiedad, por una indemnización, debe regirse por el procedimiento expropiatorio stricto sensu del decreto ley 21.499/77, el cual supone la calificación de utilidad pública por ley formal con algún grado de especificidad, con más el pago en dinero efectivo (art. 12), en base a una tasación específica para el bien de que se trate (art. 13), más la actualización pertinente desde la desposesión hasta "el momento del efectivo pago" (art. 20) y un incremento indemnizatorio del 10 % en caso de avenimiento directo. (art. 13) El Estado sólo puede recurrir al procedimiento judicial, pidiendo la posesión a cambio de la suma que deposita, si demuestra haber cumplido los pasos del procedimiento extrajudicial (especialmente, la tasación

85 "La rescisión del proyecto suele figurar como supuesto de incumplimiento en los acuerdos de préstamo del concesionario. Dado que los acuerdos de préstamo suelen incluir una denominada "cláusula de aceleración" por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la totalidad de la deuda pendiente al rescindirse el acuerdo del proyecto sería exigible y contabilizable como pérdida inmediata del concesionario" (*Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 180 (http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf).

86 Acertadamente, en el 2º párrafo del Artículo 10 del Anexo I del Decreto 118/2017, reglamentario de la Ley Nº 27.328 se precisa que "*sólo corresponderá asegurar el repago del financiamiento pendiente de cancelación que hubiese sido efectivamente aplicado al Proyecto*".

87 Artículo 17 de la Constitución Nacional .

88 Mairal ha señalado que la analogía de la extinción anticipada de un contrato administrativo por razones de interés público "con la expropiación es particularmente inapropiada: una cosa es el sacrificio de la propiedad privada ante la utilidad pública que declara una ley del Congreso, y otra muy distinta es otorgar al Presidente, Gobernador, intendente o ministro de turno la posibilidad, ante el silencio del contrato, de privar a cualquier contratista del Estado de sus legítimas expectativas de ganancias mediante la mera alegación, que por lo general será judicialmente irrevisible, del interés público" (Mairal, Héctor A., *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED, 179-655).

89 Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T. I p. 827.

90 Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo (Teoría y régimen jurídico)*, La Ley, Bs. As., 2012, p. 421.

actualizada y específica del bien concreto que se quiere extraer del patrimonio privado) y haber éstos fracasado por falta de avenimiento del particular. Por ello no es constitucionalmente admisible ni sistemático, admitir en el derecho argentino la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, cuando se trata de actos que confieren derechos estables amparados por la garantía constitucional de la propiedad, sin previa ley especial que en forma razonable los califique de utilidad pública y sujetos a expropiación"[91].

Por su parte, Maqueda Fourcade explica que "la admisión del carácter expropiatorio de la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia, tendría relevantes consecuencias normativas, entre las que cabe señalar que: (i) integraría las facultades del Congreso; (ii) la revocación sólo podría disponerse mediando una declaración específica o genérica de utilidad pública del Congreso; (iii) la indemnización debería ser justa e integral, y debería pagarse previamente; y (iv) el Congreso sólo podría delegar dicha facultad conforme a las pautas del art. 76 de la Constitución nacional, pudiendo considerarse que se trata de una de las "materias determinadas de administración". El actual art. 18 de la LNPA, así, no parecería satisfacer dichas exigencias constitucionales, pues implicaría una delegación permanente y sin bases para el ejercicio de dicha facultad expropiatoria"[92].

(iii) Rescisión del contrato por incumplimiento del contratista

La Ley Nº 27.328 contiene algunas previsiones respecto de la prerrogativa de la Administración contratante de rescindir el contrato de PPP por incumplimientos del contratista ("*por culpa de algunas de las partes*" dice el inciso p) del Artículo 9). En ellas se exige la regulación en el pliego o en el contrato de las causales que justifican su ejercicio, el procedimiento a seguir y las eventuales compensaciones que resulten pertinentes, sus alcances y método de determinación y pago (Artículo 9, inciso p).

Cabe advertir que en tales casos también es de aplicación el Artículo 10 de la Ley Nº 27.328, ya mencionado al referirnos a la extinción del contrato por motivos de interés público, el cual dispone: "*En todos los casos de extinción anticipada del contrato por parte de la contratante, con carácter previo a la toma de posesión de los activos, se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación que pudiese corresponder según la metodología de valuación y procedimiento de determinación que al respecto se establezcan en la reglamentación y en la pertinente documentación contractual, la que en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada*[93].

Asimismo, en todos los casos se deberá asegurar el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto.

91 Gordillo, Agustín, ***Tratado de derecho administrativo y obras selectas***, FDA, Bs. As., cap. VI, pp. 32-34 y cap. XIII, p. 22.

92 Maqueda Fourcade, Santiago, "La expropiación mediante la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia de actos administrativos", AA.VV. ***Estudios de Derecho Público***, Alonso Regueira, Enrique M., director, Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Bs. As., 2014, p. 184, http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/002-edp-2-maqueda-f.pdf

93 En los supuestos de extinción anticipada de un contrato, como no es posible consumar la amortización de capitales calculada en función del período de explotación fijado inicialmente, el contratista tiene derecho a la indemnización correspondiente en concepto de pago de inversión no amortizada (Arimany Lamoglia, Esteban, ***La reversión de las instalaciones en la concesión administrativa de servicio público***, Bosch, Barcelona, 1980, p. 41). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado francés (CE 27 février 1935, Soc. des eaux et du gaz de Courtenay, Rec. 256, cit. por Richer, Laurent, ***Droit des contrats administratifs***, 5ª édition, LGDJ, París, 2006, p. 562).

Lo anterior no implica que el contratista no deba compensar los daños y perjuicios en beneficio del contratante que se hubieran previsto en el contrato".

Dado que el texto de la norma transcripta se refiere, sin efectuar ningún tipo de precisión y de manera genérica, a "*todos los casos de extinción anticipada del contrato por parte de la contratante*", es indudable que dentro de su alcance se encuentra el supuesto bajo examen, como así también aquellos en los cuales el contrato de PPP finalice antes del plazo fijado por culpa de la Administración, el mutuo acuerdo de las partes, fuerza mayor o debido a una situación de grave alteración de la ecuación económica-financiera del contrato (V. gr. hecho del príncipe, imprevisión, etc).

Por lo demás, puesto que el incumplimiento del contratista puede suscitar el derecho del Estado a reclamar la pertinente indemnización, en tal supuesto cobra entidad el Artículo 11 de la Ley Nº 27.328, en el cual se establece: "*La responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en la presente ley, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato: Supletoriamente se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación*".

V.- Conclusión

La Ley Nº 27.328 y su reglamentación crean adecuadas condiciones de seguridad jurídica, previsibilidad y estabilidad para atraer de manera sostenida y sustantiva las inversiones privadas que Argentina requiere para mejorar la calidad y la cantidad de su infraestructura de interés público[94].

Ello es así, ya que dichos cuerpos normativos permiten distribuir equitativa y eficientemente los riesgos entre el contratista y el Estado en función de sus respectivas capacidades para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos. Además, definen claramente los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, y fundamentalmente, regulan de manera razonable las prerrogativas administrativas con el claro objetivo de impedir y desalentar eventuales conductas oportunistas de la Administración contratante cuando los costos asociados a las inversiones en infraestructura están hundidos.

94 La infraestructura pública es una de las variables fundamentales que contribuyen al crecimiento y desarrollo económico y la competitividad internacional de un país y, por sobre todas las cosas, contribuye decisivamente al bienestar, calidad de vida y prosperidad de la sociedad. La infraestructura pública incide no sólo con las condiciones de vida y salud de la población (V.gr. infraestructura de agua y saneamiento), sino también con el crecimiento de la actividad productiva, pues no es viable un proceso de desarrollo sostenible sin inversiones en infraestructura pública (V.gr. caminos, transporte, telefonía, energía, aeropuertos y puertos, etc.). (ver: Vassallo Magro, José Manuel y Izquierdo de Bartolomé, Rafael ***Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España***, Corporación Andina de Fomento, 2010, www.caf.com/publicaciones y la obra colectiva ***Argentina: infraestructura, ciclo y crecimiento***, FIEL, Bs. As., 1998. p. 2 y ss.). Por tal motivo, "la ausencia de una infraestructura adecuada, así como la provisión ineficiente de servicios de infraestructura, constituyen obstáculos de primer orden para la implementación eficaz de políticas de desarrollo y la obtención de tasas de crecimiento económico que superen los promedios Internacionales" (Rozas, Patricio y Sánchez, Ricardo "Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual", CEPAL, Serie Recursos naturales e infraestructura, Nº 75, Santiago de Chile, octubre de 2004).

La regulación económica: su sentido, fallos y alternativas

5

José Carlos Laguna de Paz
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid, España

I. Introducción

El Estado siempre ha intervenido en la economía, con técnicas y principios jurídicos que, en lo sustancial, no han cambiado en las últimas décadas. Los cambios están más bien en la intensidad de la intervención pública. En particular, desde los años 80, se pusieron en marcha amplios procesos de liberalización y privatización de empresas públicas, aunque no de desregulación de los grandes sectores económicos. No obstante, en los últimos años se ha extendido un nuevo concepto de "regulación" que querría significar una nueva modalidad de intervención pública económica, distinta del modelo hasta ahora aplicado. La realidad es, como decimos, que estamos ante las técnicas y principios jurídicos tradicionales que en algunos casos se proyectan sobre espacios que ahora ocupa el mercado, en un mundo más internacionalizado (punto II).

Existe una coincidencia sustancial entre economistas y juristas a la hora de explicar el papel que corresponde a la intervención pública (punto III). La ley ha de establecer el marco que hace posible el ejercicio de la actividad económica. Además, la intervención pública es necesaria para complementar, sustituir o corregir el mercado. Con todo, la experiencia pone de manifiesto que la regulación económica es una tarea difícil, en la que inciden numerosos factores que pueden perjudicar la consecución de sus objetivos (punto IV). Es por eso que se han propuesto alternativas al modelo tradicional de regulación, que tratan de reducir su carácter imperativo (punto V) o favorecer un mayor protagonismo de los sectores regulados (puntos VI y VII). Se ha apelado también a la autorregulación y la responsabilidad corporativa (puntos VIII y IX). No cabe duda de que la regulación debe ser necesaria y en lo posible, dejar un margen de decisión al destinatario. Hasta cierto punto, la autorregulación y el gobierno corporativo pueden complementar la intervención pública. No obstante, en lo sustancial, estas propuestas no alteran el modelo tradicional de intervención pública, que –en la parte que le corresponde– encomienda al legislador y la autoridad administrativa la tarea de definir y salvaguardar lo que en cada momento se considera el interés general, desde una idea básica de justicia, con transparencia y participación de los interesados. Su aplicación, inevitablemente, comporta potestades públicas, cuyo ejercicio se encomienda a la Administración.

II. ¿Qué se entiende por regulación?

En su comprensión tradicional, el concepto de *regulación se contrapone al de ejecución*[1]. La primera comporta poderes normativos, legales o reglamentarios, en virtud de los cuales se establecen las reglas a las que ha de sujetarse un sujeto o una actividad. La regulación da lugar a normas, que se integran en el ordenamiento jurídico.

Es por ello que se reserva al Legislador y al Gobierno, cuya legitimación democrática y posición institucional les permite tomar en cuenta los plurales intereses y en su caso, decidir la primacía de unos sobre otros. En cambio, la ejecución es una tarea propiamente administrativa, de aplicación de la normativa, mediante el ejercicio de poderes de variado signo (control preventivo de actividades, adjudicación de títulos habilitantes, supervisión, imposición de deberes y cargas, sanción, etc).

No obstante, en los últimos años, se ha extendido un *nuevo concepto de "regulación"* que no distingue la vertiente normativa y ejecutiva, sino que aglutina a la totalidad de

1 Laguna de Paz, J.C., *Derecho Administrativo Económico*, Civitas-Thomson-Reuters, 2016, pp. 27-53.

la intervención pública, especialmente, en materia económica[2]. Se entiende por tal el conjunto de actuaciones públicas a través de las que se ordena el ejercicio de la iniciativa privada, con la finalidad de proteger los derechos de terceros, evitar la producción de daños y promover el interés general (suplir fallos del mercado y ejercer una función redistributiva). Como se ve, con ello se toma la parte por el todo.

En este sentido, se ha dicho que la regulación comprendería "la totalidad de la actuación del Estado en relación con la sociedad, o en aplicaciones más limitadas, referidas a la ordenación y garantía de los derechos económicos y sociales"[3]. Es por eso que "las atribuciones en que se desglosa la función de regulación son tan variadas que no se corresponden exactamente con ninguna de las funciones públicas tradicionales de legislar, administrar o juzgar, sino que las implica a todas y supone un continuo análisis de las situaciones y creación de orientaciones, manteniendo una gran proximidad a la actividad regulada"[4].

El concepto amplio de regulación comporta, pues, la utilización de poderes de diverso signo: ordenación, supervisión, resolución de controversias y poder sancionador[5]. Más aún, se ha dicho que la regulación nos descubriría una nueva modalidad de intervención pública, con características propias. Con ello vendría a superarse también el modelo tradicional de intervención pública, de carácter imperativo (*command and control*).

La nueva acepción del término regulación tiene una clara impronta anglosajona (*regulation*). En EE.UU., en general, se entiende por regulación la tarea que llevan a cabo las agencias administrativas ("regulatory agencies develop and enforce prohibitions or obligations with which private firms and/or individuals must comply")[6].

Se trata, pues, de funciones reglamentarias y ejecutivas, que equívocamente se califican como "cuasi-legislativas" y "cuasi-judiciales"[7]. La explicación está en que las potestades reglamentarias y ejecutivas que se reconocen a las agencias no encajan bien con la interpretación ortodoxa del principio de separación de poderes[8] que durante mucho tiempo estuvo vigente en el mundo anglosajón[9]. El peso de la tradición tampoco permite advertir con claridad que el *common law* se sustenta en leyes, cuyo desarrollo, supervisión y aplicación se encomienda a autoridades administrativas en muchos casos[10].

2 Esteve Pardo, J., *La recepción en la Europa continental del Derecho de la Regulación de la Economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)*, RAP, 183, 2010, pp. 295 y ss; Darnaculleta i Gardella, M., Salvador Armendáriz, M., *Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera*, RAP, 183, 2010, pp. 148-149.

3 Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Vol. IV, Iustel, Madrid, 2011, 500.

4 Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Vol. II, 2ª edic., Iustel, Madrid, 2006, 1195, marg. 554.

5 Muñoz Machado, S. (2006), 552.

6 Breyer, S.G., Stewart, R.B., Sunstein, C.R., Vermeule, A., Herz, M.E, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, Seventh Edition, Wolters Kluwer New York, 2011, p. 3.

7 Forkosch, M.D., *A Treatise on Administrative Law*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianápolis, 1956, p. 47.

8 Davis, K.C., Pierce, R.J., *Administrative Law Treatise*, vol I, Third Edition, Little, Brown and Company, 1994, p. 90.

9 Davis, K.C., Pierce, R.J., p. 37.

10 "The common law is in fact a regulatory system (...) It depends on the creation and enforcement, by law, of a set of rights, notably those creating private property and enforceable contracts (...) When the common law in under attack, a statutory regime, accompanied by some administrative institution, is a likely solution. This was a principal theme in the New Deal period of the early 1930s, led by President Franklin Delano Roosevelt, when the system of common law ordering was displaced to a significant degree by administrative agencies (...) we describe as 'administrative regulation' those statutory regimes that displace or supplement common law ordering. Sometimes, we use the term 'regulation' as a shorthand for administrative regulation, but the terms should not disguise the fact that common law ordering is emphatically 'regulation' too". Breyer, S.G., Stewart, R.B.,

El concepto amplio de regulación no está exento de *críticas*. El uso generalizado del término ha devaluado su significado técnico-jurídico. Los "políticos, los economistas y los periodistas han impuesto este término, han contaminado el discurso jurídico y lo han conducido a un terreno en el que no puede prosperar"[11]. El resultado es que la regulación aparece como un "concepto pluridisciplinar y jurídicamente confuso"[12] ("Defining 'regulation' turns out to be harder than one would think")[13]. En el fondo, no se sabe bien qué es lo que significa ("Der Begriff der Regulierung ist schillernd und entbehrt eines eindeutigen Inhalts")[14].

La cuestión es que, sorprendentemente, este concepto se exporta con éxito, hasta el punto de que en la actualidad *es el más ampliamente utilizado*. No obstante, a fin de evitar confusiones, su utilización debe ir acompañada de algunas *precisiones*. (i) Primero, la regulación *no es una actividad exclusivamente administrativa*, ya que la delimitación del contenido de los derechos y libertades está reservada a la Ley (Artículo 53 CE). El legislador ha de establecer, pues, el régimen jurídico básico de la actividad. A partir de ahí, corresponde a la Administración el desarrollo normativo (reglamentos) y en su caso, la adopción de las medidas ejecutivas para su aplicación (controles previos, adjudicación de títulos habilitantes, supervisión y sanción). (ii) Segundo, la regulación comporta la utilización de *poderes de distinta naturaleza:* normativos, de control y supervisión, arbitrales y sancionadores[15].

Sunstein, C.R., Vermeule, A., Herz, M.E, p. 4.

11 Betancor Rodríguez, A., ***Regulación: Mito y Derecho***, Civitas, Madrid, 2010, p. 28.

12 Betancor Rodríguez, A., p. 31.

13 Breyer, S.G., Stewart, R.B., Sunstein, C.R., Vermeule, A., Herz, M.E, p. 3.

14 Ruffert, M., "Regulierung im System des Verwaltungsrechts. Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation", ***Archiv des öffentlichen Rechts***, 124, 1999, p. 241.

15 Muñoz Machado, S. (2006), 1194, marg. 552.

(iii) Tercero, la regulación *no da lugar a nuevas técnicas jurídico-administrativas* ("Those divising new programs have almost always been the prisioners of history"[16]).

Es verdad que en los últimos años el ordenamiento jurídico-administrativo ha incorporado nuevas técnicas en respuesta a nuevas necesidades. La introducción de programas de clemencia o procedimientos de transacción en el Derecho de la Competencia puede comportar una mayor eficacia en la respuesta administrativa[17]. La acción pública se ha hecho mucho más transparente. La ampliación de la legitimación activa lleva a sopesar las ventajas e inconvenientes de las acciones colectivas. Se han incorporado eficaces técnicas de protección ambiental, como la evaluación de impacto o las ecoauditorías. En determinados ámbitos, se impulsan los llamados mercados secundarios de títulos administrativos[18]. Se realza el papel de las autoridades administrativas sectoriales, así como de la supervisión. La posición del denunciante en los procedimientos sancionadores está más protegida. Las entidades colaboradoras de la Administración adquieren un papel relevante. El principio de razonabilidad actúa como eficaz parámetro de control de la actuación pública[19].

Ahora bien, estas aportaciones no ponen en cuestión ni renuevan los fundamentos de nuestra arquitectura administrativa ("Regulierung impliziert nicht die Einführung neuer Handlungsformen des Allgemeinen Verwaltungsrechts")[20]. En el fondo, las novedades son más bien escasas[21], por lo que encajan muy bien en los moldes tradicionales[22]. Se trata de la adecuación de la respuesta pública a los nuevos tiempos. (i) Así, por ejemplo, los *servicios de interés económico general* (SIEG) (Artículo 106.2 TFUE) –más que un régimen jurídico definido– son un título de intervención que permite poner en juego la garantía pública de la actividad cuando el mercado resulte incapaz de prestarla en condiciones aceptables[23]. (ii) Las *obligaciones de servicio público* son prestaciones forzosas. (iii) En el Estado constitucional no hay ningún inconveniente en acudir al viejo concepto de *policía administrativa*, buscando su etimología griega, no su acento prusiano. Sin embargo, también pueden aceptarse sus nuevas versiones: actividad administrativa de ordenación[24] y limitación[25], actividad de coacción[26], actividad administrativa que incide en forma negativa sobre la esfera jurídica de los particulares[27], actividad de limitación[28], actividad constrictiva[29] o actividad de ordenación y control[30]. (iv) Los *derechos de uso* derivados de títulos administrativos no parece que puedan

16 Breyer, S.G., Stewart, R.B., Sunstein, C.R., Vermeule, A., Herz, M.E, p. 14.

17 Laguna de Paz, J.C, (2016), pp. 386-389.

18 Esteve Pardo, J., "El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente", ***Libro Homenaje al Prof. Sebastián Martín-Retortillo Baquer***, Luis Cosculluela Montaner (dir.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 743 y ss; Sanz Rubiales, I., ***El mercado de derechos a contaminar***, Lex Nova, Valladolid, 2007.

19 Fernández Rodríguez, T.R., ***De la arbitrariedad de la Administración***, 5ª edic., Civitas, Madrid, 2008.

20 Ruffert, M., p. 246.

21 Fernández Rodríguez, T.R., "Perspectivas actuales del Derecho Administrativo (Roma 2014)", ***Reda***, 163, 2014, p. 41.

22 Fernández Farreres, G., ***Sistema de Derecho Administrativo II***, Civitas Thomson Reuters, Madrid 2014, p. 69.

23 Laguna de Paz, J.C., ***Servicios de Interés Económico General***, Civitas, Madrid, 2009, pp. 51 y ss.

24 Santamaría Pastor, J.A., ***Principios de Derecho Administrativo General II***, Iustel, Madrid, 2015, pp. 265 y ss.

25 Martín-Retortillo Baquer, S., ***Derecho Administrativo Económico***, La Ley, Madrid, 1988, pp. 183 y ss.

26 Garrido Falla, F., Palomar Olmeda, A., Losada González, H., ***Tratado de Derecho Administrativo II***, 14ª edic., Tecnos, Madrid, 2006, pp. 164 y ss.

27 García de Enterría, E., Fernández Rodríguez, T.R., ***Curso de Derecho Administrativo II***, 14ª edic., Civitas, Madrid, 2015, pp. 106 y ss.

28 Parada Vázquez, J.R., ***Derecho Administrativo II***, 24ª edic., Open, Madrid, 2014, p. 294.

29 Martínez López-Muñiz, J.L., ***Proyecto Docente, Programa y Fuentes*** (pro manuscripto), 1984, pp. 1.401 y ss.

30 Sánchez Morón, M., ***Derecho Administrativo. Parte General***, 11ª edic., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 653 y ss.

dar lugar a la formación de mercados secundarios, pero su transmisibilidad es conforme con nuestro ordenamiento jurídico, siempre que se respeten determinados límites[31]. (v) Desde hace décadas, la UE se sirve del *soft law* como un eficaz instrumento que permite objetivar la actuación administrativa, al tiempo que favorece la seguridad jurídica[32]. (vi) El llamado "carácter regulador de los actos administrativos"[33] no es otra cosa que la producción de efectos jurídicos.

La globalización fuerza también a la *cooperación intergubernamental*, con el fin de superar las limitaciones propias de la intervención estatal respecto de actuaciones que inciden en su territorio, pero que se localizan fuera. A través de cauces flexibles y poco formalizados, los representantes gubernamentales tratan de alcanzar consensos que se trasladan después a la legislación nacional, por los cauces ordinarios. Con ello no se altera el sistema de fuentes ni aparecen nuevos principios o criterios ordenadores.

III. El papel de la regulación

La ciencia económica explica que la regulación es necesaria para corregir los fallos del mercado. En el fondo, son las mismas razones por las que la ciencia jurídica justifica la intervención pública, con distintas palabras[34].

En primer lugar, la regulación es necesaria para prevenir *daños*, asegurar que la actividad económica internaliza los costes que genera y garantizar una utilización racional de los bienes comunes. (i) En este sentido, es preciso corregir los efectos perjudiciales que comportan determinadas actividades (externalidades negativas), deparando protección a terceros (ruidos, riesgos, salubridad, etc.) o al propio interés general (estabilidad del sistema financiero, patrimonio histórico-artístico, etc). (ii) El ejercicio de la libre iniciativa no puede traspasar a terceros los costes que genera su propia actividad, lo que –por ejemplo– explica que el propietario del suelo deba contribuir al proceso urbanizador. (iii) La utilización de los recursos naturales (minerales, montes, agua, etc.) resulta indispensable para la realización de la actividad productiva, pero la regulación debe garantizar que se hace de forma racional, compatible con su preservación. El uso del dominio público resulta también indispensable para la realización de muchas actividades económicas (industrias en red), pero asegurando que no se perjudica el destino principal del bien.

En segundo lugar, es preciso establecer un *régimen jurídico-público que permita la adecuada realización de las actividades que no pueden llevarse a cabo en régimen de mercado*. En algunos casos, el mercado no consigue una asignación eficiente de recursos. Esto es lo que sucede con los *monopolios naturales*, cuya gestión debe encomendarse a una sola empresa. El establecimiento de un régimen de derechos exclusivos requiere garantizar que el operador presta la actividad al nivel socialmente requerido, sin aplicar precios excesivos. El mercado no es tampoco capaz de prestar eficientemente los *bienes colectivos* (alumbrado público), en relación con los cuales ni existe rivalidad en el consumo (el disfrute por unos no impide el de los demás) ni puede aplicarse el efecto exclusión (no es posible impedir que los que no paguen se beneficien también del producto o servicio). La prestación de los bienes colectivos suele ser asumida directamente por la Administración y financiada con los presupuestos públicos.

31 Laguna de Paz, J.C., ***Telecomunicaciones: Regulación y Mercado***, 3ª edic., Aranzadi, 2010, Cizur Menor, p. 250.

32 Alonso García, R., "El soft law comunitario", ***RAP***, 154, 2001, pp. 63 y ss; Sarmiento, D., ***El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración***, Civitas Thomson, 2008.

33 Bocanegra Sierra, R., "La teoría general del acto administrativo", ***Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo***, vol. III, Cano Campos, T. (dir.), Iustel, Madrid, 2009, p. 154.

34 Laguna de Paz, J.C. (2016), pp. 35-37.

En tercer lugar, la regulación es necesaria para *garantizar derechos de contenido social, asegurar prestaciones esenciales o promover actividades de interés general*. El ordenamiento jurídico debe favorecer el ejercicio de la libertad personal, pero también debe corregir el funcionamiento del mercado por razones de cohesión social y justicia distributiva[35]. Inevitablemente, el mercado genera ganadores y perdedores. Una asignación de recursos eficiente en términos económicos puede no serlo en términos de justicia distributiva o preservación de principios y valores constitucionales. (i) Hay *servicios esenciales de carácter social* cuya prestación debe estar presidida por criterios de solidaridad, lo que en muchos casos comportará un efecto redistributivo (seguridad social, sanidad, educación). (ii) La regulación también debe garantizar que los servicios económicos esenciales llegan a todos los ciudadanos en adecuadas condiciones de calidad y precio, lo que –en caso necesario– puede conducir a la imposición de *obligaciones de servicio público*. (iii) La intervención pública debe también promover la realización de actividades que comportan una *utilidad social* mayor que la estrictamente individual (externalidades positivas), ya que en otro caso no se desarrollarían al nivel eficiente (por ejemplo, patrocinio o mecenazgo).

En cuarto lugar, la regulación debe asegurar el *funcionamiento competitivo del mercado, así como la protección de los consumidores*. (i) En su formulación ideal, la situación de competencia perfecta presupone que ninguno de los operadores puede desarrollar un comportamiento independiente de sus competidores y consumidores, por lo que los precios deben reflejar los costes marginales. La realidad es que la mayor parte de los mercados presentan algún grado de imperfección. La normativa debe, pues, garantizar que las empresas no abusan de su poder de mercado. En algunos casos, es preciso incluso aplicar una política de promoción positiva de la competencia. (ii) El funcionamiento competitivo del mercado debe satisfacer los intereses de los consumidores. No obstante, la experiencia también demuestra que puede ser necesaria una regulación específica que proteja sus derechos e intereses[36].

35 Veljanovski, C., "Economic Approaches to Regulation", *The Oxford Handbook of Regulation*, Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M., Oxford University Press, 2010, pp. 19 y ss.

36 "However, three decades of regulatory reform in infrastructure regulation suggest that regula-

En quinto lugar, la regulación debe establecer un *sistema institucional* que asegure el cumplimiento de la normativa y el respeto de los derechos e intereses implicados. La eficacia de las instituciones y en último término, la fiabilidad del Poder Judicial son un factor decisivo para el desarrollo económico. En cambio, resulta corrosivo el clientelismo político, la ausencia de controles efectivos, la falta de preparación o la indebida selección de funcionarios, los salarios bajos, la ausencia de un régimen efectivo de incompatibilidades o la corrupción.

IV. Fallos de la regulación

La regulación encuentra su justificación en la creación de las condiciones para que el ejercicio de la libertad económica sea posible, la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, la prevención de daños y la promoción del bien común. En la práctica, sin embargo, el ideal de la regulación puede verse desvirtuado por distintas razones (*fallos de la regulación*).

En primer lugar, es preciso definir *qué se entiende por interés general*[37]. En una sociedad democrática, esta tarea –inevitablemente– corresponde a los representantes políticos de los ciudadanos. Sin embargo, no podemos desconocer el riesgo de que su definición acabe expresando las preferencias o intereses de los grupos con mayor capacidad de influencia en el legislador (public choice)[38]. La regulación de los distintos sectores económicos desata enormes intereses políticos, económicos y sociales ("Modern regulation is a complex interaction between politicians, civil servants, industry, interest groups, regulatory bodies, and occasionally consumers"[39]). La transparencia y rendición de cuentas en el ejercicio de la función pública son siempre limitadas ["(...) 'real' decisión-making takes place by way of 'post-it-notes' and informal meetings once oficial meetings are likely to be released"][40]. La imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública pueden verse mermadas por la acción de la "puerta giratoria", que hace que –en un abrir y cerrar de ojos (dos años)– los reguladores asuman el papel de regulados y viceversa ("Regulators switch jobs and become the regulated; the regulated leave their posts and take leadership roles in trade associations; everyone stays in touch"[41]).

En segundo lugar, la intervención pública *no siempre consigue los efectos deseados*. La regulación de los grandes sectores económicos reviste una extraordinaria complejidad. De ahí que –incluso las autoridades administrativas especializadas– en todos los países precisen de meses para analizar la legalidad y oportunidad de las medidas a adoptar. Cuando un regulador omnisciente trata de sustituir el mercado no debería olvidar el mito de Prometeo, que advierte a los hombres acerca de la osadía de hacer o poseer cosas divinas. En este sentido, N.N. Taleb ["*The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*" (2007)] llama la atención acerca de cómo simplificamos, categorizamos en exceso y nos engañamos, creyendo que sabemos más de lo que sabemos. Lo cierto es que, de verdad, nadie

tion is not only necessary for the functioning of a market economy but that regulatory oversight remains essential in the running of such public services, in particular in those aspects that reflect genuine natural monopoly elements, such as networks". Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M., "Introduction: Regulation - The field and the developing agenda", cit., 7.

37 Esteve Pardo, J., ***La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis***, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 25.

38 Craig, P., ***Administrative Law***, 7 th edition, Sweet&Maxwell, 2012, pp. 311 y ss.

39 Veljanovski, C., p. 89.

40 Lodge, M., Stirton, L., "Accountability in the Regultatory State", ***The Oxford Handbook of Regulation***, Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M., Oxford University Press, 2010, p. 364.

41 Crawford, S., ***Captive Audience. The Telecom Industry and Monopoly Power in the New Gilded Age***, Yale University Press, New Haven & London, 2013, p. 7.

sabe cómo funcionan los mercados que –ante todo– son un vehículo de información. Entre otras cosas, los consumidores no siempre adoptan decisiones enteramente racionales (*animal spirits*)[42]. Lo mismo sucede cuando la regulación pretende efectos redistributivos[43].

En tercer lugar, la regulación supone una *elección entre objetivos*, con frecuencia, contradictorios: la primacía de unos va en detrimento de otros. En este sentido, existe el riesgo de que el regulador se deje llevar por los objetivos más inmediatos (precios más bajos), en detrimento de los objetivos del medio o largo plazo (favorecer un mayor potencial de innovación) ["*compare the merits of a 'static' benefit (such as lower prices), with a 'dynamic' benefit (such as faster innovation)*"][44]. La regulación de precios puede derivar así en *ineficiencia*, dificultando que los operadores realicen las inversiones más productivas[45].

Las intervenciones públicas no son neutras, ya que tienden a *favorecer a unos, en detrimento de otros* (por ejemplo, la fijación de precios de acceso a las infraestructuras favorece a los operadores sin red). En los sectores con operadores históricos, la regulación suele tener carácter asimétrico; es decir, limita al operador dominante, en beneficio de los nuevos entrantes. Ello lleva consigo el riesgo de lesión patrimonial de los operadores establecidos, a los que se puede privar de manera singular de sus derechos con el objetivo de favorecer la introducción de competencia[46].

En este sentido, la regulación estimula también la acción de *grupos de presión*. La regulación tiende a perpetuarse no solo por la propia inercia de los reguladores ("(...) 'regulators regulating because that's what regulators do'")[47], sino también por la presión de los sectores beneficiados. En algunos casos, las rentas del operador (revendedor de servicios sobre redes ajenas) dependen más del legislador que de la competencia en el mercado, por lo que dirigirán buena parte de sus esfuerzos –no a conseguir una mayor eficiencia en la prestación de sus servicios–, sino a presionar a la Administración para tratar de conseguir un régimen más favorable a sus intereses ("rentas de regulación").

La intervención administrativa puede crear artificialmente incentivos económicos que aboquen a un modelo de competencia que dependa de la regulación[48]. La otra cara de la moneda es que la regulación puede también significar que los empresarios que asuman riesgos no sean adecuadamente compensados. Esta situación puede producirse, cuando –alcanzado el éxito de la nueva iniciativa o tecnología– la regulación obliga sin más a compartirla con los competidores (vía derecho de acceso) o con los usuarios (vía control de precios).

En cuarto lugar, a ello hay que añadir la importancia del *cumplimiento efectivo* de la normativa ("'laws/regulation in action' have

42 Akerlof, G. A., Shiller, R.J., ***Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism***, Princeton University Press, 2009.

43 "But redistributive rationales for regulation should be taken with a grain of salt. The reason is simple and pragmatic: ***It is not clear that efforts to redistribute resources through regulation work well or, indeed, work at all***". Breyer, S.G., Stewart, R.B., Sunstein, C.R., Vermeule, A., Herz, M.E., p. 10.

44 Ofcom Review 2004, Section 4, punto 4-12.

45 "... excluyendo dignas excepciones, la historia de los reguladores es la historia de las continuas equivocaciones. Pero, pese a ello, el sueño de conseguir una buena regulación, como toda utopía, permanece siempre fresco. El regulador que acaba de ser nombrado explica perfectamente los errores cometidos en el pasado por sus antecesores y propone su nuevo método según el cual ya no se volverán a cometer esos errores. A veces es cierto que no se cometen los mismos errores: se cometen otros". Fernández Ordóñez, M.A., ***La competencia***, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 81-82.

46 Laguna de Paz, J.C., 2010, pp. 313 y ss.

47 Ofcom Review 2004, Section 3, punto 3-9.

48 Ofcom Review 2004, Section 3, Introduction, punto 3-35.

stronger effects than 'law/regulation on the books")[49]. A estos efectos, es necesario que el Estado disponga de mecanismos para garantizar el control efectivo del cumplimiento de la normativa[50].

V. Introducción de "mecanismos de mercado" en la regulación

A la vista de sus fallos, se han planteado correcciones al modelo tradicional de regulación (command and control). Los llamados "mecanismos de mercado" tratan de crear *incentivos para que las empresas, por sí mismas, adopten comportamientos eficientes*[51]. La norma define los objetivos a alcanzar, pero deja un margen de decisión al destinatario de la medida. En realidad, estos mecanismos comprenden un conjunto de medidas muy dispar: (i) reconocimiento de derechos de propiedad (por ejemplo, en relación con la explotación de recursos naturales), (ii) procedimientos selectivos para el otorgamiento de derechos de uso (espectro radioeléctrico, gases de efecto invernadero)[52], acompañados del establecimiento de mercados secundarios[53] que permitan su transmisión posterior[54], (iii) fijación de precios por el uso de determinados bienes (aparcamiento en dominio público, tránsito rodado en las ciudades), (iv)

49 Moloney, N., "Financial Services and Markets", *The Oxford Handbook on Regulation*, Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M., Oxford University Press, 2010, p. 446.

50 Driesen, D., "Alternatives to Regulation? Market Mechanisms and the Environment", *The Oxford Handbook of Regulation*, Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M., Oxford University Press, 2010, p. 213.

51 Veljanovski, C., p. 30.

52 European Commission, *Green paper on market-based instruments for environment and related policy purposes*, COM(2007) 140 final, 3. Sanz Rubiales,I., *El Mercado europeo de derechos de emisión*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

53 Esteve Pardo, J. (2003).

54 Laguna de Paz, J.C., *La autorización administrativa*, Civitas-Thomson, 2006, pp. 296-300.

establecimiento de impuestos (ambientales), (v) y ayudas públicas.

Como puede verse, los llamados "mecanismos de mercado" constituyen un conjunto extraordinariamente variado de técnicas jurídicas. En algunos casos, estamos ante propuestas casi teóricas, que solo muy limitadamente son acogidas por los ordenamientos jurídicos, como la atribución de derechos de propiedad sobre determinados recursos naturales (agua). No obstante, en la mayor parte de los casos se trata de técnicas bien conocidas. En este sentido, el *sistema impositivo* puede ser utilizado para incidir en el comportamiento de ciudadanos y empresas. Así, se puede gravar el consumo de determinados productos (gasolina, alcohol) o someter a precio el uso de los bienes públicos (aparcamiento de vehículos o circulación por el centro urbano). La adjudicación de *ventajas públicas* (ayudas) o *derechos de uso* sobre recursos escasos de titularidad pública (espectro radioeléctrico) requiere la aplicación de procedimientos selectivos, como medio para hacer efectivos principios jurídicos básicos (igualdad y buena administración). En el Derecho español, los procedimientos de concurrencia competitiva se han introducido también para la asignación de capacidad de producción de energía eléctrica con fuentes renovables con derecho a percibir un régimen retributivo compensatorio.

(i) La Ley 54/1997, de 27.11, del Sector Eléctrico, favoreció la producción de energía en régimen especial (renovables, cogeneración y residuos). Se partía de un reconocimiento automático del derecho a obtener una retribución especial para este tipo de energías. El objetivo era conseguir que estas tecnologías compitiesen en el mercado con el resto de tecnologías y obtuvieran una rentabilidad razonable (Artículo 30.4). No obstante, en la práctica se aplicó un régimen muy favorable que motivó un incremento de la producción de energía con estas tecnologías que superó todas las previsiones (solar fotovoltaica) y en algunos casos, también unos beneficios extraordinarios. Este régimen contribuyó a que se viera amenazada la sostenibilidad financiera del conjunto del sistema eléctrico. El marco normativo tuvo que ser progresivamente corregido. (ii) La vigente Ley 24/2013, de 26.12, del Sector Eléctrico (LSElect), establece un nuevo régimen jurídico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. La nueva regulación acaba con el reconocimiento automático de un régimen retributivo específico a las energías renovables. Hay que tener en cuenta que la evolución tecnológica hace que algunas tecnologías sean competitivas. Se parte del principio de que solo excepcionalmente podrá establecerse un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (Artículo 14.7). En estos casos, el objetivo es cubrir los costes de inversión y explotación que no pueden ser cubiertos por la venta de la electricidad en el mercado, de manera que estas energías puedan competir con las restantes tecnologías y obtener una rentabilidad razonable. No obstante, por una parte, hay un esfuerzo por objetivar los parámetros retributivos, como la vinculación de la "rentabilidad razonable" a que puede aspirar cada instalación con el rendimiento medio en el mercado secundario de las obligaciones del Estado (Artículo 14.7.b) Ley 24/2013). Además, se aplican procedimientos de concurrencia competitiva en los que deben participar las empresas para optar por la asignación de capacidades de producción con derecho a este régimen retributivo específico (Artículo 17.4.c) Ley 24/2013). En concreto, se aplican subastas a la baja respecto del valor de la inversión inicial correspondiente a instalaciones tipo de referencia. La adjudicación en la subasta conllevará el derecho a la inscripción de la potencia adjudicada en el registro de régimen retributivo específico.

Como hemos visto, los llamados mecanismos de mercado, en algunos casos, responden a elementales exigencias normativas. Además, pueden introducir *flexibilidad y capacidad de elección*. No obstante, para que contribuyan a la adecuada ordenación de la actividad deben estar *adecuadamente diseñados*. Este puede ser el caso de la introducción de mercados secundarios de derechos de uso[55]. Con todo, su establecimiento requiere que las autoridades públicas dispongan de excelente información, que es difícil y costosa de obtener. Además, estas medidas suelen comportar un elevado grado de discrecionalidad, lo que dificulta su control judicial. En algunos casos, su establecimiento puede también incrementar las barreras de acceso al mercado, al restringir el número de empresas que pueden realizar la actividad o cuanto menos, al incrementar sus costes.

Así, por ejemplo, un mecanismo de derechos de uso sobre recursos escasos (permisos de emisión de gases de efecto invernadero)[56] solo funciona si el conjunto de permisos adjudicados es menor que la demanda global. En otro caso, no surtiría los efectos deseados, como sucedió en Europa con la primera adjudicación de certificados de emisión de gases de efecto invernadero[57]. Además, una asignación inicial de derechos de uso por parte de los poderes públicos puede también distorsionar la competencia, si favorece de manera indebida a ciertos Estados, industrias o empresas.

VI. Regulación de principios

Desde distintos sectores, con frecuencia, se sostiene la conveniencia de que la *regulación esté basada en principios* (principles-based approach). Se trata de evitar una regulación muy detallada ("micro-regulación") y con ello, de favorecer el margen de actuación de los operadores[58].

Es indudable que la regulación debe ser adecuada, necesaria y proporcionada. A ello se añade que el principio de seguridad jurídica reclama la mayor estabilidad posible en el ordenamiento jurídico. En el momento actual, es casi imposible seguir al legislador. En este sentido, hay que subrayar que la regulación no debe ir más allá de lo necesario y debe comportar el menor coste posible, tanto para la Administración como para la industria. El problema es que una regulación de principios *no suele ser capaz de proteger los intereses en juego*, como ha puesto de manifiesto la crisis financiera internacional (2007). Los principios, inevitablemente, deben concretarse en reglas, cuyo cumplimiento pueda ser exigido.

En el fondo, estas *propuestas no representan una alternativa al modelo tradicional de ordenación económica*[59]. La regulación necesariamente es *prescriptiva*, al reconocer y establecer derechos, deberes y límites, así como al sancionar los eventuales incumplimientos. La experiencia enseña que "las técnicas tradicionales de regulación y limitación de las actividades privadas continúan siendo indispensables para controlar y mantener dentro de unos límites tolerables el potencial destructivo de la civilización moderna"[60]. "No regulatory tool is perfect, especially under every condition. The appropriate test for a regulatory option is not whether it is perfect. It is whether that

55 Laguna de Paz, J.C., "Protecting the Environment without Distorting Competition", *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(3), 2012, pp. 252-253.
56 Driesen, D., p. 213.
57 Knill, C., Bernheim, T., "Das Europäische Parlament zwischen Klimaschutz und Wettbewerbsfähigkeit: Entscheidungsfindung und Konfliktlinien am Beispiel der Revision der Richtlinie zum Emissionshandel", *Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht*, 2, 2010, p. 169.

58 Laguna de Paz, J.C. (2016), pp. 42-46.
59 Coglianese, C. y Mendelson, E., p. 153.
60 Lozano Cutanda, B., Alli Turrillas, J.C., *Administración y Legislación Ambiental. Manual y materiales complementarios* 6ª edic., Dykinson, 2011, p. 228.

approach is better than the alternatives –including the alternative of doing nothing"[61].

VII. "Regulación negociada"

La regulación debe tratar de buscar la cooperación de los ciudadanos y organizaciones en la consecución de los objetivos de interés general o incluso, la exigencia de que las propias empresas apliquen mecanismos de autocontrol. No es ningún secreto que la efectividad de la normativa siempre ha descansado en su amplia aceptación social. De hecho, asistimos a un continuo perfeccionamiento de los instrumentos jurídico-públicos, que pueden dejar más espacio a la participación de los interesados[62].

No obstante, no hay que olvidar tampoco que *la cooperación y participación también tienen sus límites*. Las normas no pueden ser negociadas con la industria y los sectores interesados (regulatory negotiation o negotiated rule making)[63], con el propósito de aumentar la aceptación y reducir la conflictividad[64]. En el fondo, son las mismas objeciones que se plantean en relación con la llamada "*Administración concertada*", que "renunciaría a hacer valer imperativa y unilateralmente sus poderes y se avendría a convenir con los particulares destinatarios la aplicación concreta de los mismos, ganando, en cambio, una colaboración activa de los administrados más beneficiosa (no solo en el orden social, sino también en el de la pura eficacia) que la pasiva y resignada, cuando no eludida o evadida, sumisión"[65]. La generalización de esta forma de "administrar" no solo entrañaría no pocos riesgos para la objetividad, igualdad y justicia, sino que podrían llegar a subvertirse los presupuestos del sistema democrático-representativo.

VIII. Autorregulación

Como alternativa a la regulación, se ha defendido también la conveniencia de favorecer la *autorregulación*[66]. A este respecto, hay que reconocer que determinados ámbitos han sido capaces de impulsar valiosos fenómenos de autorregulación (calidad industrial)[67] que el ordenamiento jurídico debe reconocer e incluso, favorecer. En algunos casos, estas reglas pasan después a las legislaciones nacionales que –a su vez– también promueven la autorregulación o cuanto menos, la corregulación[68].

61 Coglianese y Mendelson, E., p. 163.

62 Gunningham, N., "Enforcing environmental regulation", *Journal of Environmental Law*, 23 (2), 2011, pp. 169-201.

63 En EE.UU. la Negotiated Rulemaking Act de 1990, que complementa la APA, no confiere fuerza vinculante a las normas "negociadas", por lo que se trata más bien de un trámite informal en el procedimiento de elaboración normativa. Custos, D., "The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies", *The American Journal of Comparative Law*, 54, 2006, p. 639.

64 "Regulatory negotiation, as it is otherwise called, is a process through which the agency, the regulated industry and other stakeholders seek a consensus on a proposed rule. Rejecting a command-and-control approach to regulation, it purports to shorten the rulemaking proceeding, to increase compliance, to reduce litigation, and to produce better rules. However, it simultaneously deprives the agency of the superiority attached to its nature of public entity, brings the public interest down to the level of private interests. Thus, it creates a context of confusion of status of the respective participants and represented interests at stake, which offers a breeding ground to regulatory capture". Custos, D., 2006, p. 638.

65 García de Enterría, E., Fernández Rodríguez, T.R., p.717.

66 Laguna de Paz, J.C. (2016), pp. 42-45.

67 Esteve Pardo, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002; Muñoz Machado, S., "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", *Derecho de la regulación económica*, vol. I, Muñoz Machado, S., Esteve Pardo, J., Iustel, Madrid, 2009, pp. 118 y ss; (M. M. Darnaculleta i Gardella, M., "La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía", *Derecho de la regulación económica*, vol. I, Muñoz Machado, S., Esteve Pardo, J., Iustel, Madrid:, 2009, pp. 631 y ss.

68 Hoffmann-Riem, W., "Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 130, 2005, p. 60.

(i) La *normalización* consiste en la elaboración de estándares –confusamente llamados "normas"–, que fijan las características de calidad, protección ambiental, seguridad e intercambiabilidad que deben tener los productos o servicios (agricultura, industria, construcción, salud, nuevas tecnologías, etc). Los estándares son de cumplimiento *voluntario*, a diferencia de las normas de seguridad industrial[69]. No obstante, en algunos casos, la legislación acaba imponiendo los estándares de manera directa o indirecta (su observancia se considera prueba del cumplimiento de los requisitos legales)[70]. (ii) A nivel *internacional*, la actividad de normalización es desarrollada por numerosos organismos (IEC, CEN, CENELEC, ETSI, COPANT) que cuentan con un amplio respaldo de los profesionales del sector. Entre los más activos se encuentra la *International Organization for Standardization* (ISO), integrada por organismos nacionales de normalización (uno de los más representativos por cada país). (iii) Las instituciones *europeas* reconocen que la normalización desempeña un papel fundamental en el buen funcionamiento del mercado interior. De hecho, el impulso al mercado

69 En el Derecho español, la naturaleza de la ***normalización*** no se refleja bien en la críptica delimitación que del Artículo 6.5 de la Ley Nº 21/1992, de 16.7, de Industria (LInd), que la define como la "actividad por la que se unifican criterios respecto a determinadas materias y se posibilita la utilización de un lenguaje común en un campo de actividad concreto".

70 Scott, C., "Standard-setting in Regulatory Regimes", ***The Oxford Handbook of Regulation***, Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M., Oxford University Press, 2010, p. 108.

interior combina la aprobación de Directivas con "normas" europeas, de aplicación voluntaria. (iv) En el *Derecho español*, las tareas de *calidad industrial*, en gran medida, descansan sobre (Artículo 19.1 LInd)[71]: organismos de normalización, entidades de certificación, laboratorios de ensayo, entidades auditoras y de inspección, laboratorios de calibración. Estos organismos deben actuar de manera imparcial (Artículo 19.2 LInd). En los órganos rectores de las entidades de normalización y verificación deben estar representados los intereses industriales y sociales afectados (Artículo 19.4 LInd). A este respecto, hay que destacar la tarea realizada por AENOR en cuanto asociación española de normalización y certificación, sin ánimo de lucro, que desarrolla su actividad en el sector industrial y de servicios[72].

En el *sector audiovisual*, la Ley 7/2010, de 31.3, General de Comunicación Audiovisual, reconoce a los operadores el "derecho a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración" (Artículo 12.1, párrafo 1º). Estos códigos deben ser comunicados a la autoridad audiovisual, que comprobará su conformidad con la normativa, dispondrá su publicación (Artículo 12.2) y velará por su cumplimiento (Artículo 12.3). La normativa promueve el uso voluntario de normas de calidad: cuando se trate de proteger los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, las autoridades competentes promoverán el uso voluntario de normas de calidad por parte de los operadores que mejoren los niveles de calidad y seguridad de los productos y servicios (disposición adicional 4ª Ley 20/2013).

71 Ley Nº 21/1992, del 16 de julio, de Industria (LInd).

72 Real Decreto 2200/1995, de 28.12, que aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial en España, ratifica el nombramiento de AENOR como responsable de la elaboración de las normas españolas (Normas UNE).

La autorregulación puede expresar la madurez de determinados sectores, al establecer pautas de autolimitación o autocontrol en el ejercicio de la libre iniciativa. En la medida en que esto se consiga, este instrumento puede desplegar una función *complementaria* de la regulación, sobre todo, dirigida al establecimiento de barreras deontológicas. No obstante, presumiblemente, se tratará siempre de *iniciativas limitadas*. De entrada, los operadores no suelen estar incentivados para autolimitarse[73], lo que siempre incrementa sus costes o disminuye sus oportunidades[74] ("But regulation is costly and banks and other regulated financial institutions often try to game or circumvent the regulatory system, so as to reduce this cost")[75]. Con frecuencia, es la amenaza de una regulación estatal[76] lo que lleva a la industria a alcanzar algunas cotas de autorregulación[77].

No hay que olvidar tampoco que, en la práctica, la autorregulación favorece que sean los intereses prevalentes –o grupos minoritarios cohesionados– los que impongan a todos las reglas[78]. La autorregulación suele beneficiar a los regulados, sin que nadie represente el interés de los consumidores[79].

73 Coglianese, C., Mendelson, E., "Meta-regulation and Self-regulation", ***The Oxford Handbook of Regulation***, Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M., Oxford University Press, 2010, p. 153.

74 Scott, C., 2010, p. 139.

75 Goodhart, C., Lastra, R.M., "Border problems", ***Journal of International Economic Law***, 13(3), 2010, p. 710.

76 Berners-Lee, T., ***Tejiendo la Red. El inventor del World Wide Web nos descubre su origen***, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2000, p. 137; Esteve Pardo, J., 2002, p. 38.

77 "Self-regulation succeeds when targets decide that it is in their best interest not to defect from the self-imposed (or sectorally-imposed) standards. Assuming that compliance is at least somewhat costly, external forces of some kind will be needed to provide an incentive for voluntary control (...) serious self-regulatory initiatives are motivated in part by some looming governmental intervention (...)". Coglianese,C., Mendelson, E., p. 161.

78 Netanel, N. W., "Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory", ***California Law Review***, 88, 2000, 395 y ss.

79 Bel, G., Calzada, J., Estruch Manjón, A., "Economía y

Las recomendaciones emanadas de las organizaciones privadas de expertos no necesariamente expresan el único juicio objetivo posible sobre una determinada materia[80]. Existe el riesgo de que las opiniones "científicas" expresen preferencias personales, no sean suficientemente representativas, sirvan a intereses concretos o del propio grupo de expertos. La acumulación de poder de las grandes corporaciones que operan a nivel mundial[81] es un riesgo añadido de que la autorregulación no sirva al interés de todos.

En una palabra, las debilidades de la autorregulación nos llevan a redescubrir la Administración pública. *Solo los poderes públicos reúnen las condiciones de objetividad e independencia* necesarias para establecer una regulación comprensiva que satisfaga el interés general, en todas sus dimensiones. El procedimiento legislativo es cada vez más participativo, lo que garantiza un más amplio conocimiento de la realidad y la toma en consideración de los intereses afectados. Además, solo los actos de los poderes públicos están dotados de la necesaria eficacia jurídica. No debe olvidarse que la autorregulación, al final, depende del Estado, que es quien –en caso necesario- ha de hacer cumplir dichas normas[82]. En consecuencia, la autorregulación solo contará con la eficacia propia de las normas públicas si es asumida por las instancias estatales (co-regulación)[83]

En definitiva, por las razones indicadas, la apelación a la *autorregulación como sustituto de la regulación estatal no es viable*, salvo –quizá– en ámbitos singulares en los que se ha conseguido el establecimiento de organizaciones o reglas de efectivo cumplimiento.

La desregulación del sector financiero contribuyó a la crisis internacional del 2007. Entre otros aspectos, se vio la necesidad de dotar a las agencias de calificación crediticia (*credit rating agencies*), ampliamente desreguladas[84], de un adecuado régimen jurídico. A finales del 2010, entró en vigor una nueva normativa europea[85] que establece elementales garantías para evitar posibles conflictos de intereses y lograr una mayor transparencia en el proceso de evaluación[86]. Como se ve, el reto no es tanto dejar de lado la regulación, sino

regulación de los servicios en red", ***Fundamentos e Instituciones de la regulación, en Derecho de la regulación económica***, vol. I, Muñoz Machado, S., Esteve Pardo, J., Iustel, Madrid, 2009, p. 725.

80 Doménech Pascual, G., "No del todo fiables. Organizaciones privadas de expertos y regulación del riesgo. El caso de los campos electromagnéticos", ***Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización***, Darnaculleta i Gardella, M.M., Esteve Pardo, J., Indra Spiecker gen. Döhmann, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 155 y ss.

81 Muñoz Machado, S., 2009, 123.

82 De Miguel Asensio, P., ***Derecho privado de Internet***, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2001, p. 81.

83 Así, en el sector financiero –que es considerado un sector de referencia-, en un número creciente de casos, "la producción normativa abarca una fase de gestación privada internacional, basada principalmente en la autorregulación y en la cooperación transnacional de autoridades nacionales; y una fase posterior de recepción pública, a nivel europeo primero y, finalmente, a nivel estatal" (Darnaculleta i Gardella, M.M., Salvador Armendáriz, M., 142). La creciente interdependencia hace que las reglas acordadas sean virtualmente obligatorias para los Estados. Sin embargo, no debe minusvalorarse la exigencia de que sean objeto de recepción pública, que es lo que las dota de eficacia jurídica general.

84 "But the mortgage companies could not have done their mischief without being aided and abetted by the banks and rating agencies (...) The rating agencies, which should have checked the growth of these toxic instruments, instead gave them a seal of approval, which encourage others (...) to buy them. (...) In short, America's financial markets had failed to perform their essential societal functions of managing risk, allocating capital, and mobilizing savings while keeping transaction costs low. Instead, they had created risk, misallocated capital, and encouraged excessive indebtedness while imposing high transaction costs". Stiglitz, J., ***Freefall. America, free markets, and the sinking of the World economy***, Norton, New York, 2010, 7.

85 Wendt, R., Lampert, S., "Finanzmarktregulierung. Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? Stand und Perspektiven der Massnahmen zur Stabilisierung des Finanzsystems", ***DVBl***, 16, 2010, pp. 1.007-1.008.

86 Reglamento (CE) Nº 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las agencias de calificación crediticia, de 16.9.2009 (DO L 302, de 17.11.2009).

perfeccionarla[87]. Así se refleja en la Directiva 2013/36/UE que se incorpora al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley 10/2014, de 26.6, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

IX. Gobierno corporativo

En sentido estricto, las reglas de *gobierno corporativo*[88] son una manifestación del fenómeno de la *autorregulación*, ya que expresan una autolimitación de las empresas. De ahí que su adopción sea *voluntaria*. Cuestión distinta es que –una vez acordadas y publicitadas– en algún caso pudieran llegar a viciar la actuación de la empresa o incluso, a generar algún tipo de responsabilidad patrimonial, en caso de que su incumplimiento defraude la confianza legítima de terceros.

El concepto de gobierno corporativo se desvirtúa cuando no solo se utiliza para referirse a códigos de conducta voluntariamente asumidos por las empresas, sino que también se amplía para abarcar auténticas *normas jurídicas*. Esta comprensión se ve favorecida por la corriente de pensamiento proclive a desdibujar las diferencias entre la regulación y la autorregulación. A ello se suma el hecho de que algunas normas pueden formularse inicialmente como reglas de gobierno corporativo, pero en un momento posterior se incorporan a textos legislativos. Se da este paso cuando el legislador entiende que los intereses protegidos son de suficiente entidad

como para no poder quedar al arbitrio de los interesados. Esto es lo que sucede cuando la normativa impone consejeros independientes, controles externos, reglas de transparencia o retribución[89] de los directivos (sector financiero). No obstante, cuando esto sucede, estas reglas transforman su naturaleza: dejan de ser reglas de gobierno corporativo (recomendaciones o compromisos voluntariamente asumidos) para convertirse en auténticas normas jurídicas. Esto es lo que ocurre con la Ley 31/2014, de 3.12, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que impone normas para mejorar el funcionamiento de los órganos de gestión y la participación de los accionistas.

87 "(...) whatever system we design, there will be those who will figure out how to circumvent the regulations and rules put in place to protect us. The World, too, will change, and regulations designed for today will work imperfectly in the economy of the mid-twenty-first Century. But the aftermath of the Great Depression, we did succeed in creating a regulatory structure that served us well for a half Century, promoting growth and stability (...) in the hope that we can do so again". Stiglitz, J., XXV.

88 Velasco San Pedro, L.A., "Gobierno corporativo", *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Alonso Ledesma, C., Iustel, Madrid, 2006, pp. 665 y ss.

89 Velasco San Pedro, L.A., Retribuciones de los consejeros y altos directivos (recomendaciones 35 a 41), *Revista de Derecho de Sociedades*, 27, 2006, pp. 137 y ss.

Las reglas de gobierno corporativo han ido siempre acompañadas de un fuerte escepticismo[90]. No obstante, la clave está en que tienen un carácter *complementario, no sustitutivo de la regulación*. Esta última ha de extenderse a todos los aspectos del gobierno de la empresa cuya observancia se considere indispensable para proteger el interés general. Ahora bien, como complemento de la regulación, conviene que las empresas sigan recomendaciones o adopten códigos de buen gobierno corporativo. Esto explica que estas prácticas sean impulsadas por entidades públicas, como muestra en España la aprobación por parte de la CNMC del "Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas" (2015). En otros casos, es el propio sector privado el que favorece su implantación. Así, no es infrecuente que los fondos internacionales de inversión se muestren crecientemente exigentes respecto de las políticas de gobierno corporativo de sus participadas, en aspectos tales como retribución de los directivos, planes de opciones sobre acciones, elección de consejeros, operaciones financieras, etc.

X. Conclusiones

1. El Estado siempre ha intervenido en la economía, con técnicas y principios jurídicos que –en lo sustancial– no han cambiado en las últimas décadas. La liberalización no ha conducido a una desregulación de los grandes sectores económicos ni a la aplicación de nuevos instrumentos jurídico-públicos ni mucho menos a una nueva relación entre la Administración y los jueces.

2. La globalización exige reforzar la cooperación intergubernamental, que discurre a través de cauces flexibles y poco formalizados. Los consensos que consiguen los representantes gubernamentales se trasladan después a la legislación estatal. Con ello, no se altera el sistema de fuentes.

3. El mercado solo se desarrolla cuando el Estado ejerce con eficacia sus funciones esenciales. La regulación debe crear el marco institucional para el funcionamiento del mercado, corregir sus fallos y suplir sus carencias.

4. En lo posible, las normas deben crear incentivos para que las empresas, por sí mismas, adopten comportamientos eficientes. No obstante, los llamados "mecanismos de mercado" son complejos de establecer y aplicar. Si no se diseñan bien, pueden distorsionar la competencia entre sectores o empresas.

5. La regulación debe ser adecuada, necesaria y proporcionada. No obstante, una regulación de principios no suele ser capaz de proteger los intereses en juego. Los principios, inevitablemente, deben concretarse en reglas, cuyo cumplimiento pueda ser exigido.

6. En algunos casos, la autorregulación y el gobierno corporativo pueden complementar la regulación, no sustituirla.

7. En lo sustancial, las nuevas propuestas no alteran el modelo tradicional de intervención pública, que –en lo que les corresponde– encomienda al legislador y las autoridades administrativas la tarea de definir y salvaguardar lo que en cada momento se considera el interés general, desde una idea básica de justicia, con transparencia y participación de los interesados.

90 Recalde, A., "Transparencia y autonomía del mercado: principios inspiradores de la regulación financiera antes de la crisis", *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado, Ricardo García Macho*, Marcial Pons, 2014, pp. 71-72.

De la regulación nacional a la regulación supranacional: el caso del régimen de la competencia en el mercado eléctrico de América Central (MER)

6

Luis Ferney Moreno
Profesor de la Universidad Externado, Colombia

1. Introducción

Este artículo revisa el régimen de competencia en el MER basado en su Tratado Marco, sus protocolos y el reglamento del MER (RMER). Previamente, se analiza en forma comparativa el régimen de la competencia de varios modelos de integración de mercados de electricidad.

El MER ha avanzado al establecer un régimen competitivo que se ha ajustado con el tiempo a las necesidades del mercado. Debido a que este se ha desarrollado y el número de agentes del mercado ha incrementado, es necesario desarrollar aún más la regulación para promover competencia en el MER.

Este artículo está organizado en tres partes: la primera, la caracterización de la regulación supranacional como preámbulo al análisis de las normas supranacionales sobre la libre competencia; la segunda parte, el análisis del régimen de la competencia de varios modelos de integración de mercados de electricidad para ver si el régimen de la competencia del MER está de conformidad con los estándares comparados; finalmente, la tercera parte, el análisis del mercado eléctrico en Centroamérica (MER).

2. Características de la regulación supranacional

La regulación supranacional de electricidad tiene su fuente normativa en los tratados internacionales que suscriben los países participantes para organizar bien un mercado común de electricidad o bien, un área de libre comercio de electricidad. Con base en el tratado se expiden normas supranacionales e incluso, normas nacionales que regulan las interconexiones internacionales, las inversiones y las transacciones de electricidad.

La regulación supranacional tiene una aplicación directa o indirecta. En ambas situaciones se debe armonizar la regulación nacional con la regulación supranacional. La aplicación directa significa que la regulación supranacional –tanto el Tratado como sus desarrollos normativos– se incorpora directamente en la regulación nacional sin ningún instrumento previo que ordene la gradualidad o la armonización. En cambio, con la aplicación indirecta, los únicos que tienen una aplicación directa son tratados internacionales, pero no sus desarrollos normativos, ya que requiere una gran carga de armonización con la regulación nacional.

En el MER, el Tratado del MER y los Protocolos, al llegar a ser aprobados por las Asambleas Legislativas de los países miembros, por razones constitucionales, tienen aplicación directa en el ordenamiento interno o nacional. En el caso del Reglamento del MER, él mismo pretende que su aplicación sea directa y automática en los países miembros (RMER Libro I, numeral 1.2.5), es decir, sin necesidad de procedimiento alguno de incorporación al derecho interno de estos países. Pero es de aclarar que, aunque el RMER se aplica a los agentes del mercado y al OS/OM de los países miembros para el funcionamiento del MER, su aplicación no es automática en el ordenamiento interno de los países centroamericanos, porque no hay una norma en el Tratado del MER y sus Protocolos que así lo determine o faculte y porque depende, además, de que se cumpla el proceso de armonización gradual con la Regulación Nacional, de conformidad con el Artículo 12 del Segundo Protocolo al Tratado del MER.

Cosa diferente se puede concluir de la Comunidad Andina, donde la regulación supranacional –tanto el tratado como sus desarrollos normativos– tiene aplicación directa en los ordenamientos jurídicos nacionales.

3. Régimen de la competencia en los modelos de integración de mercados de electricidad

Al igual que el MER, en el resto del mundo se han creado mercados integrados de electricidad para integrar mercados nacionales en una región determinada y hacerlos más eficientes. La integración eléctrica se ha organizado de diferentes formas a partir de la interconexión física internacional de las redes de los países involucrados. Existen unos modelos de integración en donde se han creado áreas de libre comercio de electricidad y otros modelos en los que se organiza la integración a través de mercados comunes.

El régimen de la competencia que se ha implementado en los mercados comunes, como el caso de la Comunidad Europea, se orienta –en primer lugar– a diseñar políticas de promoción de la competencia para lograr que los mercados funcionen en forma competitiva (competition policy). En segundo lugar, el régimen de la competencia se dirige a determinar conductas o prácticas contrarias a la libre competencia (competition law Antitrust Law).

Una revisión de los diferentes modelos de integración energética muestra que el modelo más adecuado para facilitar y contribuir a la promoción de competencia en el MER es el de la Comunidad Europea y sus variantes en Europa. El resto de esta sección describe las características de las áreas de libre comercio de electricidad que se han creado provenientes de diferentes lugares del mundo.

3.1 *Modelo de mercado común de electricidad*

Por un mercado común de electricidad se entiende que –además de establecerse la libertad de importar o exportar electricidad– los países definen un operador del sistema y del mercado común, unas autoridades de regulación comunes[1] y un operador de la red común. Además, se funda el mercado común en la libre circulación de personas y el libre establecimiento de empresas a efectos de facilitar el tránsito de negocios y comercio.

El mercado común tiene dos variantes: por un lado, mercados comunes únicos donde los diferentes países conforman una estructura horizontal única, como es el caso de la Comunidad Europea y sus submercados integrados como el MIBEL y el NORDPOOL, y por otro lado, mercados comunes adicionales en los cuales los países establecen una estructura vertical, creando un nuevo mercado distinto al de los países participantes, como es el caso del MER.

Una de las principales características del modelo de mercado común único es la aplicación directa de la regulación comunitaria en la legislación nacional, incluyendo –claro está, las normas que integran el Derecho de la Competencia. En el modelo de mercado común adicional no se configura la aplicación directa de la regulación regional, sino que es necesaria la previa armonización de esta con la regulación nacional.

Tal y como se mencionó, el régimen de la competencia del mercado común único de electricidad en la Comunidad Europea es uno de los mejores ejemplos para tener en cuenta en el MER.

1 En países sin autoridades regulatorias comunes, mecanismos de cooperación y coordinación se pondrán a disposición por estas autoridades.

3.1.1
Mercado Común Único (horizontal)

3.1.1.1
Comunidad Europea

En la Comunidad Europea se ha estructurado una Política de Promoción de la Competencia para lograr un mercado común único de la energía entre los países miembros. En esta sección, haremos un análisis de la política de promoción de la competencia de la Comunidad Europea para el mercado eléctrico, teniendo en cuenta la compleja arquitectura normativa de la Comunidad Europea y en segundo término, se hará el estudio de las conductas o prácticas anticompetitivas.

Política de Promoción de la Competencia en el mercado eléctrico de la Comunidad Europea. En la Unión Europea, la introducción de competencia en los mercados eléctricos se ha implementado a través de las Directivas y Reglamentos de Liberalización Comunitaria, cuya adopción por parte de los países miembros se ha dado de manera paulatina según su propia legislación interna. En este orden de ideas, puede afirmarse que la Regulación Europea está compuesta por tres niveles: (1) los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (2) las Directivas del Parlamento Europeo y sus Reglamentos, y (3) la legislación interna de los países miembros que adopta en el régimen jurídico interno las Directivas de liberalización.

La piedra angular del desarrollo en materia de apertura a la competencia del sector eléctrico europeo lo constituye el Artículo 194 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Este artículo, eje de la política energética europea, ha sido desarrollado por varios paquetes legislativos de apertura a la competencia de los mercados eléctricos: En efecto, "entre 1996 y 2009 se adoptaron tres paquetes de medidas legislativas consecutivos con el fin de armonizar y liberalizar el mercado interior de la energía de la UE. Dichos paquetes de medidas abordan el acceso al mercado, la transparencia y la regulación, la protección de los consumidores, el apoyo a la interconexión y los niveles de suministro adecuados. Gracias a dichas medidas, los nuevos proveedores de gas y electricidad pueden acceder a los mercados de los Estados miembros, y los consumidores industriales y domésticos pueden ya elegir proveedor libremente"[2].

Del mismo modo, la Directiva sobre la electricidad (2009/72/CE) y la Directiva sobre el gas (2009/73/CE) establecen reglas sobre esos dos mercados.

La cooperación entre autoridades regulatorias se ha convertido en un eje fundamental del proceso de apertura a la competencia en los mercados europeos de electricidad. Por esta razón, en el 2003 se creó el Grupo de Organismos Reguladores Europeos de la Electricidad y el Gas. El Grupo es responsable de garantizar la cooperación entre los organismos reguladores nacionales y la aplicación coherente de las directivas sobre el mercado interior en los Estados miembros (Decisión 2003/796/CE). En el 2010 se creó la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER) (en virtud del Reglamento (CE) Nº 713/2009). Por su condición de órgano de supervisión con funciones consultivas, la Agencia formula recomendaciones a la Comisión con respecto a la regulación del mercado y las prioridades de la infraestructura de transporte. Dicha Agencia es responsable principalmente de promover la cooperación entre las autoridades reguladoras nacionales

2 El Mercado Interior de la Energía. Fichas técnicas sobre la Unión Europea 2016.

a escala regional y europea, así como de supervisar los mercados interiores de la electricidad y del gas natural, en particular las transacciones comerciales de energía al por mayor, los precios de venta al por menor de la electricidad y el gas, el acceso a la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables y la observancia de los derechos de los consumidores[3].

Antes de revisar ciertos submercados integrados, es fundamental decir que todos los países miembros de la Unión Europea, al ceder parcialmente su soberanía al adherirse, someten sus respectivos ordenamientos jurídicos internos al Principio de Primacía del Ordenamiento Comunitario[4]. Teniendo en cuenta esta cesión parcial de soberanía y para resolver los posibles conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha articulado una serie de principios que regulan las relaciones entre ambos órdenes (comunitario e interno): los principios de autonomía y primacía, el de efecto directo y el de responsabilidad por incumplimiento del Derecho Comunitario, que son básicos a la hora de entender cómo se lleva a cabo el desarrollo y la ejecución y la aplicación del Derecho Comunitario.

3.1.1.2
MIBEL (Mercado Ibérico de la electricidad)

Dentro del marco del régimen de la competencia del sector eléctrico de la Comunidad Europea surgió el objetivo de integración eléctrica entre los Estados ubicados en la Península Ibérica (Portugal y España) por medio de la creación de un mercado eléctrico común de los dos países, el cual es denominado Mercado Ibérico de la electricidad (MIBEL). El equivalente al Tratado Marco del MER, dentro del contexto del MIBEL, es el convenio internacional relativo a la constitución de un Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica entre el Reino de España y la República de

3 Ibídem.
4 Ibídem.

Portugal, convenio celebrado en Santiago de Compostela el 1º de octubre de 2004, en el cual se establece que el MIBEL tiene como objeto la creación de un mercado eléctrico común entre los países. Ello implica el mutuo reconocimiento de un único mercado de electricidad, donde se garantiza la igualdad de derechos y obligaciones para los agentes que participen dentro del Mercado[5].

Al interior del MIBEL se desarrollan los siguientes tipos de transacciones: (i) a plazo, (ii) diarias y (iii) intradiarias. El primer grupo de transacciones comprende aquellas "referidas a bloques de energía con entrega posterior al día siguiente de la contratación, de liquidación tanto por entrega física como por diferencias"[6]. Dentro del segundo grupo de transacciones se ubican las que se hacen por bloques de energía y en las cuales la entrega se realiza al día siguiente de la contratación. En el tercer y último grupo de transacciones están aquellas en las que la liquidación se realiza necesariamente por entrega física[7].

De manera fundamental, la principal diferencia entre el MER y el MIBEL es que mientras que el MER consagra la creación de un mercado eléctrico adicional a los mercados internos de los Estados, en el MIBEL se crea un mercado eléctrico común y único entre los Estados miembros. Ahora bien, el MIBEL no tiene un régimen jurídico de la competencia propia, sino que se hace remisión al régimen de la competencia de la Comunidad Europea y las legislaciones nacionales[8]. Por lo tanto, en materia de régimen de la competencia aplicable al MIBEL, los agentes y autoridades participantes deben tener en cuenta el TFUE, las directivas y reglamentos comunitarios de liberalización de los mercados eléctricos, ya explicados y simultáneamente, las respectivas normas nacionales que regulan la competencia en los mercados eléctricos, tanto en el régimen general de competencia como en aquellas normas especiales que se aplican al sector eléctrico.

3.1.1.3
NORD POOL

El NORD POOL es el Mercado Nórdico de Electricidad que, al igual que el MIBEL, se desarrolló al interior del marco del régimen de la competencia del sector eléctrico de la Comunidad Europea. Este mercado surgió a partir de la iniciativa que tuvieron los países nórdicos (Suecia, Finlandia, Noruega y Dinamarca) de crear un Mercado Integrado de Electricidad. Dicha iniciativa de integración estuvo antecedida por una serie de liberalizaciones de los mercados eléctricos nacionales, proceso que comenzó en 1990 con Noruega. A diferencia del MIBEL, el NORD POOL tiene dentro de sus Estados integrantes algunos que no hacen parte de la Comunidad Europea, como el caso de Noruega. Sin embargo, dentro de este mercado rige el régimen de la competencia de la Comunidad Europea.

Al interior del NORD POOL se creó una autoridad encargada de hacer el seguimiento de las transacciones que se realizan en el mercado, denominada Departamento de

5 Numerales 1 y 3 del artículo primero del convenio internacional relativo a la constitución de un Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica. "1) El objeto del presente Convenio es la creación y desarrollo de un mercado de la electricidad común a las Partes, con la denominación de Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica, en adelante denominado «MIBEL», en el marco de un proceso de integración de los sistemas eléctricos de ambos países. 3) La creación de un Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica implica el reconocimiento por las Partes de un único mercado de la electricidad, en el cual todos los agentes tendrán igualdad de derechos y obligaciones".

6 Artículo 6 del Convenio Constitutivo del MIBEL.

7 Ibídem.

8 En el ámbito del MIBEL, Portugal y España comparten como legislación en materia de Competencia el Convenio Internacional de Santiago de Compostela, del 1º de octubre de 2004, el cual dispone en su artículo segundo que la Libre Competencia es uno de los principios rectores del Mercado.

Supervisión del Mercado, encargada del "control ex-post". Mediante dicha supervisión se estudia la estructura del mercado y no el comportamiento de los agentes. Aquellas conductas o situaciones que pudieran resultar contrarias a la libre competencia se remiten para investigación por parte de las respectivas autoridades de la competencia a nivel nacional[9] y si es del caso, por parte de la autoridad comunitaria.

En este modelo existe una estructura posterior de supervisión del mercado, caracterizado por unas facultades amplias de acceso a la información por parte de la autoridad de supervisión y en la que la identificación e investigación de posibles conductas anticompetitivas se realiza a partir de las variables de funcionamiento del mercado en una revisión casuística casi que particular.

Este modelo se sustenta, entonces, en un elemento esencial propio de las autoridades de competencia y reguladores, como es el acceso libre a la información del mercado. Esta facultad –seguida de facultades de investigación en caso de que se evidencie la realización de prácticas comerciales anticompetitivas o abusos de posición de dominio– también es una herramienta esencial en la búsqueda de un mercado competitivo. El acceso libre de las autoridades a la información es otro mecanismo de supervisión y control de las condiciones de competencia del mercado y exige un elemento esencial de transparencia para establecer un mercado verdaderamente competitivo. La información ha sido obtenida a través de los poderes otorgados al cuerpo regulatorio para monitorear la conducta en el mercado y realizar investigaciones formales que podrían resultar en sanciones.

9 Mancero, Gabriela, *Experiencias internacionales en casos de competencia en el sector eléctrico y gasífero*, Colección de Estudios en Derecho Minero y Energético, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

3.1.2 Mercado común adicional (vertical)

Este es un mercado común vertical donde se crea un mercado adicional diferente a los de los países miembros.Tiene un operador del mercado y del sistema común, un regulador común y operador de la red común. Este modelo de mercado es el que predomina en el MER, en donde seis países crean un séptimo mercado adicional a los mercados nacionales de electricidad. En el punto del régimen de la competencia en el mercado eléctrico centroamericano desarrollaremos más ampliamente este tema.

3.2 *Modelo de libre comercio de electricidad*

Por área de libre comercio de electricidad debemos entender una zona geográfica donde solamente se establece la libertad de importar o exportar electricidad. A estos efectos, en materia de electricidad serían transacciones internacionales de electricidad de corto plazo; esto es, transacciones entre los operadores del sistema y operadores del mercado (OS/OMS) de cada país. También están las transacciones internacionales de electricidad de largo plazo entre agentes de diferentes países.

En el modelo de áreas de libre comercio se pueden observar ejemplos, como el caso de Colombia y Ecuador, donde prevalecen transacciones internacionales de electricidad entre operadores (OS/OMS) de los dos países. En el caso de Colombia y Venezuela, prevalecen las transacciones internacionales de electricidad entre agentes del mercado de ambos países. Finalmente, encontramos un modelo donde se combinan los dos tipos de transacciones internacionales, como es el caso del proceso de integración de Panamá y Colombia.

En los modelos de libre comercio de electricidad no se evidencia el desarrollo de un régimen de la competencia. Por lo general, el régimen de competencia que se aplica es el de los países que suscriben el tratado de libre comercio. No obstante lo anterior, es importante examinar en cuál de los modelos de libre comercio de electricidad se evidencia un régimen de competencia que sirva de comparación con el MER.

3.2.1
Modelo de transacciones internacionales de electricidad de corto plazo (Colombia y Ecuador)

Desde 1969, la integración y cooperación económica y social entre Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú se da en el marco de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). En materia de energía eléctrica, desde diciembre de 2002, con la Decisión CAN 536 se unificaron objetivos comunes para la integración eléctrica entre los países miembros de la comunidad andina. Particularmente, el propósito común fue desde un inicio establecer unas reglas de libre comercio de electricidad de (importación y exportación) entre los países miembros.

3.2.1.1
Decisión CAN 816 de 2017

Esta Decisión tiene por objeto establecer el marco regulatorio del Mercado Andino Eléctrico Regional de Corto Plazo (MAERCP). En consecuencia, regula las Transacciones Internacionales de Electricidad, sin hacer mención a los contratos para la compraventa intracomunitaria de electricidad. Desde este punto de vista, el MAERCP no se ve regulado por principios como libre acceso a la red o no discriminación, que se dirigen a los Agentes, sino que se encuentra sobre la base de la optimización de excedentes, el uso eficiente de los recursos energéticos, el aprovechamiento de la complementariedad y la disponibilidad de dichos recursos, entre otros principios que se dirigen a los países.

De igual forma, la Decisión CAN 816 de 2017 establece la existencia tanto de un Reglamento Operativo –en el cual se establecerán las condiciones operativas–, así como las responsabilidades y obligaciones en la operación técnica de las transacciones, como un Reglamento Comercial, en el que se establecerán las condiciones comerciales y las responsabilidades y obligaciones en la administración comercial de las transacciones internacionales de electricidad entre países interconectados. Lo anterior se resalta como un esfuerzo de mayor regulación regional.

3.2.1.2
Decisión CAN 608 de 2005

Particularmente en materia de Competencia, la Decisión CAN 608 del 28 de marzo de 2005, por medio de la cual se establecen normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, define varios tipos de prácticas anticompetitivas, así:

Artículo 7. Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

a) *Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;*

b) *Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;*

c) *Repartir el mercado de bienes o servicios;*

d) *Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,*

e) *Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.*

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

De igual forma, establece como conductas que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado las siguientes:

Artículo 8. Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

a) *La fijación de precios predatorios;*

b) *La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;*

c) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*

d) *La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;*

e) *La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;*

f) *La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,*

g) *Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.*

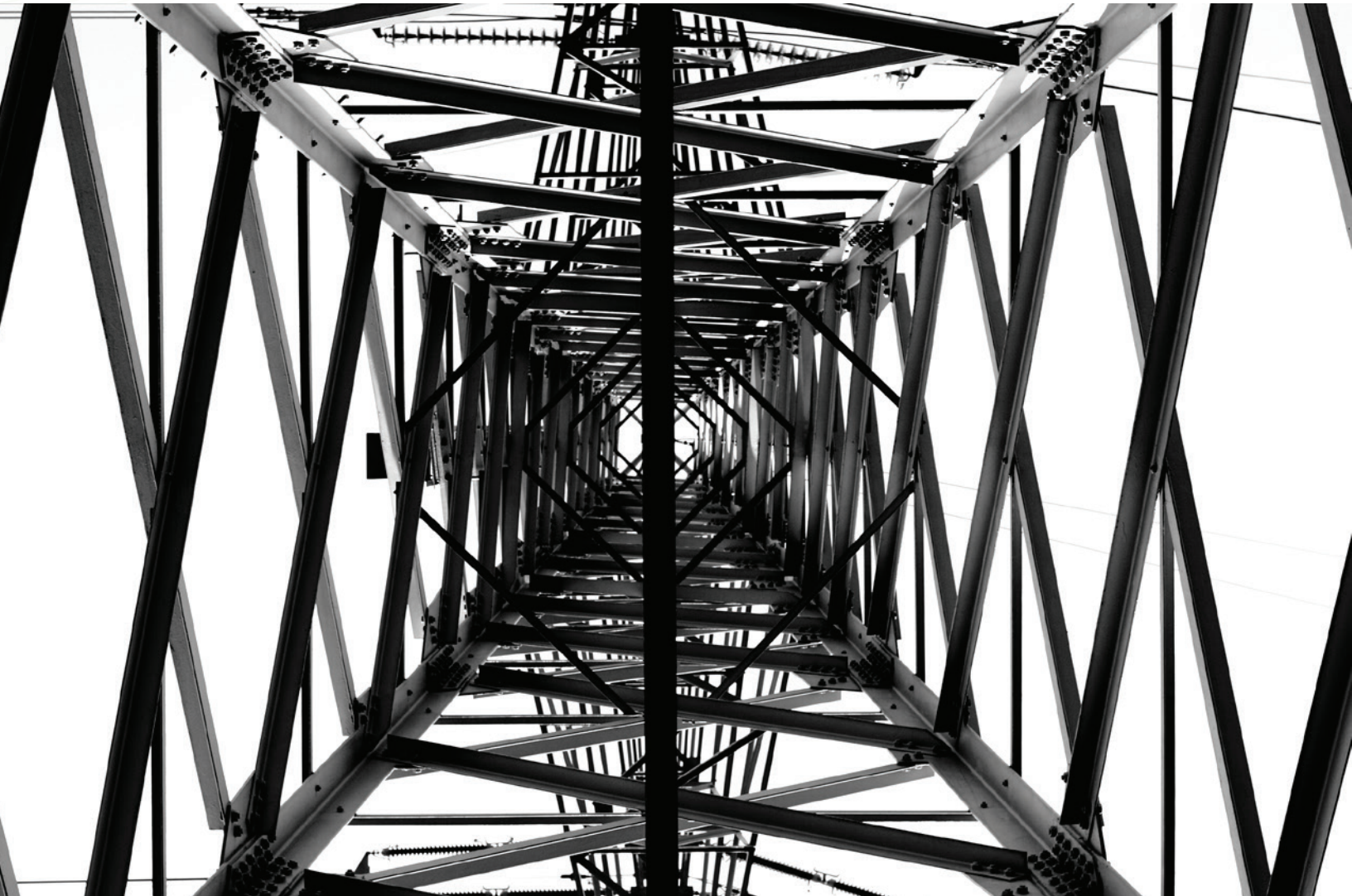
3.2.2
Modelo de transacciones internacionales de electricidad de largo plazo (Colombia y Venezuela) y (Guatemala y México)

La gestión de las interconexiones entre Colombia y Venezuela se realiza por medio de contratos internacionales de importación-exportación realizados directamente por los agentes, con fundamento en las Resoluciones 057 y 112 de 1998 de la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas de Colombia. En el caso de Venezuela, al haber denunciado el Acuerdo de Cartagena (por medio del cual se constituye la Comunidad Andina de Naciones) en el 2006, la Decisión 536 no es aplicable a las transacciones internacionales de electricidad entre ese país y Colombia. En razón de que no existe un tratado internacional creador de un proceso de integración general que cobije las transacciones internacionales de electricidad de largo plazo entre Colombia y Venezuela, el régimen de la competencia que se aplica es el de cada país donde tiene efecto la conducta.

En el caso de Guatemala y México, se realizan transacciones internacionales de electricidad de largo plazo, por medio de contratos.

3.2.3
Modelo mixto: Transacciones internacionales de corto y largo plazo (Colombia y Panamá)

Por Acto de Memorándum de Entendimiento de acuerdos de electricidad de corto y largo plazo en el 2008, Panamá y Colombia declararon como prioritario el desarrollo de la interconexión, y coincidieron en la necesidad de firmar un tratado que permitiera la construcción de la interconexión y fijar las bases para un desarrollo regulatorio que permitiera



los intercambios de energía eléctrica entre ambos países. Dicho tratado jamás fue firmado. Sin embargo, firmaron una carta de intención para intercambios de electricidad de largo plazo entre los dos países (agosto de 2008) que en últimas es el sustento normativo de la interconexión entre Colombia y Panamá.

El proyecto propuesto consiste en la construcción de una línea de transmisión de aproximadamente 600 kilómetros en corriente directa (HVDC), entre las subestaciones Cerromatoso en Colombia y Panamá II, en Panamá, con capacidad de transporte de hasta 600 megawatts (MW). Aunque la línea de transmisión no se ha construido, los dos países hicieron un acuerdo de armonización regulatoria para implementar las transacciones internacionales de electricidad de corto plazo y de largo plazo, y las subastas de derechos de transmisión.

Debido a que no existe un tratado internacional creador de un proceso de integración general que cobije las transacciones internacionales de electricidad de corto y largo plazo entre Colombia y Panamá, el régimen de la competencia que se aplica es el de cada país donde tiene efecto la conducta.

Como se puede observar, el único modelo de libre comercio de electricidad que tiene desarrollado un régimen de competencia es el de Colombia y Ecuador por el ropaje de la normatividad de la Comunidad Andina.

4. Régimen de la competencia en el MER

4.1. Marco Normativo General

Para el estudio de la descripción general de la competencia en el MER es necesario examinar cada uno de los cuerpos normativos que componen la regulación regional del MER.

4.1.1 Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central

Para comenzar el análisis del cuerpo normativo, es necesario hacer referencia a la estructura que este presenta. El Tratado Marco del MER está compuesto normativamente por dos partes: una primera denominada Consideraciones, donde de manera general se describen las circunstancias y apreciaciones que llevaron a la celebración del Tratado, dentro de las cuales es importante destacar que el principal medio para lograr el proceso de integración eléctrica buscado por los diferentes Estados miembros es un mercado regional competitivo, lo cual genera que todo el sistema normativo y operacional del MER se estructure o se cimente a partir de una meta de mercado competitivo. En la segunda parte, el artículo primero del Tratado Marco del MER está acorde con la consideración expuesta, ya que se determina como objeto del Tratado la formación y crecimiento gradual de un mercado regional competitivo.

Los primeros artículos del Tratado hacen referencia a la competencia como un objetivo clave y un principio rector del MER. En el Segundo Artículo del Tratado se determina que uno de los fines es el "Incentivar una mayor y competitiva participación privada en el sector eléctrico", mientras que en el artículo tercero se dispone que: "El Tratado se regirá por los principios de la Competencia, Gradualidad y Reciprocidad (...)"[10], entendiendo por competencia la "Libertad en el desarrollo de las actividades de prestación del servicio con base en reglas objetivas, transparentes y no discriminatorias"[11].

10 Artículo Tercero del Tratado Marco del MER.
11 Artículo Tercero del Tratado Marco del MER. "El Tratado se regirá por los principios de Competencia, Gradualidad y Reciprocidad, los que se definen así: Competencia: Libertad en el desarrollo de las actividades de prestación del servicio con base en reglas objetivas, transparentes y no discriminatorias".

La importancia de la competencia es evidente, comenzando por la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIE), a la cual se le asigna como objetivo promover la competencia entre los agentes del mercado. Esta facultad se complementa en las potestades de este organismo regulador cuando se le otorga la posibilidad de adoptar las decisiones para propiciar el desarrollo del mercado, asegurando su funcionamiento inicial y su evolución gradual hacia estados más competitivos. También está facultado para evaluar la evolución del mercado periódicamente y proponer a las partes las medidas que a su juicio se consideren convenientes, a fin de avanzar en una mayor armonización y crecimiento del mercado para el beneficio de todos los habitantes de Centroamérica.

4.1.2
Primer Protocolo al Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central

El Primer Protocolo determina en su artículo primero la forma como debe ser interpretado el artículo cuarto del Tratado Marco, al establecer que el mercado debe evolucionar gradualmente de una situación inicial limitada hacia una más amplia, abierta y competitiva. Esto significa que la competencia no se puede alcanzar de manera repentina, sino que requiere que el mercado vaya madurando y evolucionando.

4.1.3
Segundo Protocolo al Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central

El segundo protocolo al Tratado Marco va más allá en el ámbito de competencia. En el literal F del Artículo 30, se definen ciertas conductas que no son propicias para facilitar el comportamiento competitivo en el mercado:

- √ La realización de acciones para la manipulación de precios de electricidad y servicios auxiliares en el Mercado Eléctrico Regional.
- √ El abuso de posición dominante.
- √ Las prácticas anticompetitivas que dificulten u obstaculicen el desarrollo o funcionamiento del Mercado Eléctrico Regional.

La norma mencionada señaló que estas conductas debían detallarse en un reglamento aprobado por la CRIE mediante resolución. Hemos constatado que hasta la fecha no se ha expedido dicho reglamento. En efecto, revisada la normatividad del MER, la regulación en materia de competencia se limita al ámbito del Tratado Marco, sus Protocolos y el RMER, pero existe una ausencia de desarrollo reglamentario.

4.1.4
Reglamento del Mercado Eléctrico Regional (RMER)

El Libro I y el IV abordan, entre otras materias, el tema de la competencia. El Libro I del RMER, en su literal a), numeral 1.6.1., menciona que uno de los propósitos del RMER es regular la operación técnica y comercial del MER para que su funcionamiento sea eficiente y competitivo. Esta regla sigue los lineamientos del Tratado, que tiene por objetivo el desarrollo gradual de un mercado eléctrico regional competitivo.

En materia de competencia, el Libro IV define conductas anticompetitivas definidas en el Segundo Protocolo (literal g, numeral 1.4.1.2. y numeral 1.5.2) y también establece el proceso sancionatorio.

El literal 1.5.2 establece la responsabilidad de la CRIE de supervisar el funcionamiento del mercado e investigar las conductas descritas.

4.2 Marco particular de la competencia

El establecimiento y la búsqueda progresiva de un mercado eléctrico competitivo en el MER se realiza mediante: (i) la promoción de la competencia (competition policy), la cual se ejerce por medio de la función de regulación que tiene la CRIE y es una intervención exante, (ii) medidas para preservar o conservar la competencia y (iii) el control de las prácticas anticompetitivas (Antitrust Law), función que es desarrollada por la misma CRIE en ejercicio de las funciones de vigilancia y control, además es una intervención expost.

4.2.1 Promoción de la competencia (Competition Policy)

Como se mencionó, la promoción de la competencia se trata de políticas regulatorias que impulsan la competencia entre las empresas en el mercado. Es una intervención ex ante, porque forma parte de la estructura del mercado que fomenta, preserva y defiende la competencia.

Esta sección identifica la autoridad competente en el MER, cuáles son las reglas estructurales para lograr un mercado competitivo en el MER y finalmente, cuáles son las reglas para preservar o defender la competencia en el mercado regional de electricidad.

Dentro del MER, la autoridad que está facultada para realizar funciones de Promoción de la Competencia es la CRIE. Dicha función le fue atribuida por el Tratado Marco del MER, en el literal c) del artículo 22[12] y los literales b), c) y g) del Artículo 23[13]. En desarrollo de estas disposiciones, el RMER[14] establece como objetivo de la CRIE promover la competencia entre los agentes del mercado. Es importante destacar que para el ejercicio de esta facultad, además de la información que recoja la CRIE, el EOR se encarga de proveer la información técnica y comercial para que la CRIE realice los diagnósticos necesarios en materia de competencia

El RMER establece varias reglas que son la columna vertebral con la cual se busca que el mercado eléctrico regional sea competitivo. Estas reglas incluyen: libre entrada, libre salida de los agentes, competencia para las ampliaciones planificadas de la RTR, libre acceso a la red, libre contratación y formación competitiva de precios, límites de participación en el mercado, participación de los enlaces extrarregionales en el MER. Estas reglas de promoción no se pueden ver de manera aislada, sino de conjunta, ya que tienen el potencial de lograr que funcione adecuadamente un mercado eléctrico regional competitivo. Cada una de estas reglas se discute a continuación.

12 Literal c) del Artículo 22 del Tratado Marco del MER. "Los objetivos generales de la CRIE son: (...) c) Promover la competencia entre los agentes del Mercado".

13 Literales b), c) y g) del Artículo 23 del Tratado Marco del MER. "Las facultades de la CRIE son, entre otras: (...) b) Tomar las medidas generales y particulares para garantizar condiciones de competencia y no discriminación en el Mercado. c) Adoptar las decisiones para propiciar el desarrollo del Mercado, asegurando su funcionamiento inicial y su evolución gradual hacia estados más competitivos. (...) g) Adoptar las medidas conducentes a evitar el abuso de posición dominante en el Mercado por parte de cualquier gente".

14 Numeral 1.5.2.1 del Primer Libro I. "La CRIE regula el funcionamiento del MER y las relaciones entre agentes de conformidad con las disposiciones del Tratado Marco, sus Protocolos y sus reglamentos. Son objetivos de la CRIE los siguientes:

a) Hacer cumplir la normativa del MER establecida en la Regulación Regional;
b) Procurar el desarrollo y consolidación del MER;
c) Velar por la transparencia y buen funcionamiento del MER; y
d) Promover la competencia entre los agentes del mercado".

4.2.1.1
Libre entrada de los agentes

Para que un mercado funcione en competencia no debe haber barreras legales de entrada. Esto asegura la presencia de un mayor número de agentes del mercado. La libre entrada de agentes al MER se encuentra consagrada en el Artículo 3 del Segundo Protocolo al Tratado Marco del MER[15], donde se indica que todos los agentes de los mercados mayoristas nacionales, reconocidos como tales en sus legislaciones internas, podrán llevar a cabo libremente y sin discriminación alguna la compra y venta de energía eléctrica. A partir de lo dispuesto en el artículo citado, se puede afirmar que en el MER no existen barreras de entrada legales para que los agentes de los mercados mayoristas nacionales interesados participen en el MER[16]. Lo anterior sin perjuicio de que los agentes deban cumplir con los requisitos técnicos necesarios para realizar transacciones en el MER, establecidos en el numeral 3.4.1., del Libro I, Aspectos Generales del RMER[17], tales como: solicitud de autorización en el MER, constancia de estar habilitado en el mercado nacional para participar en transacciones internacionales, constancia emitida por su OS/OM que certifique el cumplimiento de los requisitos técnicos y garantía mínima de pago en el MER.

Así pues, no existen barreras legales de entrada al MER para los agentes nacionales que deseen participar en el MER para realizar libremente y sin discriminación la compra y venta de electricidad.

15 Artículo Tercero del Segundo Protocolo al Tratado Marco del MER.

16 Ibídem.

17 Literal c) del numeral 3.4.1. libro I del RMER. "Cualquier agente que desee realizar transacciones en el MCR y/o en el MOR deberá presentar al EOR, a través de su OS/OM, lo siguiente: (...) c) Constancia emitida por su OS/OM que certifique el cumplimiento de los requisitos técnicos aplicables, según el tipo de agente del mercado, a que se refiere el numeral 3.5".

4.2.1.2
Libre salida de agentes

En el MER no se verifican barreras de salida para los agentes, ya que el RMER permite que un agente del mercado pueda tramitar un retiro definitivo como agente. Para ello debe comunicarlo por escrito al EOR y la CRIE, a través de su OS/OM. No obstante, el retiro en el MER está condicionado también al retiro en el mercado nacional y a que haya realizado todos los pagos en el MER[18].

Otra figura existente es el cese en las transacciones en el MER, pero sin el retiro definitivo en este. A estos efectos, el agente debe comunicarlo por escrito al EOR y la CRIE a través de su OS/OM. Esta libertad está condicionada a que el agente debe haber efectuado todos los pagos que debían ser realizados por él o a su nombre en el MER[19].

4.2.1.3
Competencia para las ampliaciones planificadas de la RTR

La competencia para el mercado –o por el mercado– es un esquema muy útil para las actividades o mercados con características

18 Numeral 3.7.1. y 3.7.4. del libro I del RMER. "3.7.1 - Un agente del mercado que desee cesar su participación en el MER, deberá comunicarlo por escrito al EOR y la CRIE, a través de su OS/OM. La comunicación especificará la fecha en la que el agente del mercado tiene intención de retirarse del MER". "3.7.4 - Un agente del mercado que ha remitido una comunicación conforme al numeral 3.7.1, sólo podrá retirarse del MER si se ha retirado de su mercado nacional y cuando haya efectuado todos los pagos que deban ser realizados por él o a su nombre de acuerdo con el RMER; hasta tanto no se realicen dichos pagos deberán mantenerse vigentes las garantías de pago a que se refiere el numeral 3.3.4".

19 Numeral 3.6.1 del libro I del RMER. "Un agente del mercado que desee no continuar realizando transacciones en el MCR y en el MOR, deberá comunicarlo por escrito al EOR y la CRIE, a través de su OS/OM. La comunicación especificará la fecha en la que el agente del mercado tiene intención de no continuar realizando transacciones en el MER".

de monopolio, como la transmisión de electricidad. El esquema permite competencia entre quienes vayan a quedarse con la construcción y operación de la red o las líneas de transmisión. Asimismo, este esquema se puede desarrollar a través de un concurso o licitación pública.

El numeral 11.4.1.1. del Libro III del RMER[20] establece la competencia para las ampliaciones planificadas de RTR, a través del esquema de una licitación pública internacional. Esta licitación cumple con el objetivo de promover competencia entre diferentes agentes de transmisión o empresas calificadas. Este esquema de competencia por o para el mercado genera beneficios al MER. Estos beneficios son a nivel de precios y condiciones de calidad al escogerse el agente que haga las ampliaciones planificadas entre diferentes oferentes.

El Artículo 17 del Tratado Marco del MER y el numeral 11.4.1.1. del Libro III del RMER señalan que las empresas organizadas como Empresas Propietarias de la Red (EPR) u otras que lleguen a ser seleccionadas en las licitaciones públicas internacionales tienen garantía de que los gobiernos nacionales otorgarán los permisos, autorizaciones o concesiones necesarias para la ejecución de estos proyectos. En suma, el RMER tiene establecida la libre competencia para las ampliaciones planificadas del RTR, contribuyendo esto a la promoción de la competencia en el MER.

4.2.1.4
Libre acceso a la red

Este principio de libre acceso a la red, que proviene de la doctrina del derecho de la competencia de "essential facilities", parte de la base del derecho que tienen los participantes

20 Numeral 11.4.1.1 del Libro III del RMER. "Las ampliaciones planificadas aprobadas por la CRIE que sean resultantes del proceso de planificación serán realizadas por un Agente Transmisor u otra empresa calificada acorde al literal b) que será seleccionado a través de una licitación pública internacional, que se organizará con los siguientes criterios:

a) Una vez aprobadas las ampliaciones, la CRIE encomendará al EOR la preparación de los Documentos de Licitación, que incluirán el desarrollo del proyecto básico de la ampliación planificada a licitarse. El EOR calculará un valor de Canon Máximo Aceptable, como el costo anual estimado incluido en el informe de Planificación a Largo Plazo o en el informe de Diagnóstico a Mediano Plazo según corresponda, y la tasa de descuento determinada por la CRIE, multiplicado por un factor que será fijado por la CRIE. Los Documentos de Licitación y el Canon Máximo Aceptable serán aprobados por la CRIE;
b) La CRIE elaborará los documentos para la precalificación de empresas interesadas en presentar ofertas para el desarrollo de la ampliación planificada. En este documento la CRIE hará conocer a los interesados el Canon Máximo Aceptable;
c) La precalificación de las empresas interesadas se basará en condiciones de experiencia previa en desarrollo de proyectos de transmisión, suficiencia financiera y cumplimiento de requisitos legales, no pudiendo limitarse el número de empresas interesadas precalificadas;
d) El llamado a precalificación será publicado en un diario de circulación masiva en cada uno de los Países Miembros, así como en el sitio de Internet de la CRIE;
e) La CRIE enviará a las empresas precalificadas los Documentos de Licitación, estableciendo un plazo para la presentación de las ofertas;
f) Cada oferente deberá presentar el valor de Canon solicitado, el cual será percibido por el ganador de la licitación por un Período de Amortización que será fijado por la CRIE en cada caso, pero que no podrá ser menor a diez (10) años ni mayor a veinte (20) años;
g) La adjudicación de la licitación se realizará en dos etapas: (1) calificación de las ofertas a través de la verificación de los requisitos establecidos en los Documentos de Licitación; (2) para las ofertas calificadas, la adjudicación a la oferta que proponga el menor Canon, en la medida que esta sea menor al Canon Máximo Aceptable. Si no hubiera ninguna oferta aceptada, la licitación será declarada desierta, debiendo la CRIE solicitar que el EOR revise nuevamente los estudios que determinaron la factibilidad de la ampliación y los Documentos de Licitación;
h) El adjudicatario deberá construir la ampliación, operarla y mantenerla, quedando sujeto al régimen de calidad de servicio que se describe en el Capítulo 6 de este Libro;
i) A partir del fin del Período de Amortización, se considerarán estas instalaciones como existentes, y quedarán sujetas a la remuneración igual a los costos de Administración, Operación, Mantenimiento y otros costos, estimados como se especifica en el Numeral 9.2.5, más el Valor Esperado por Indisponibilidad (VEI); y
j) El adjudicatario de la licitación obtendrá la autorización-permiso-concesión prevista en las regulaciones de los países donde se ubicará la ampliación planificada adjudicada".

del mercado de acceder a la infraestructura y correlativamente la obligación que tiene el operador o propietario de la infraestructura de facilitar el acceso a otros agentes del mercado. De ahí que en el mercado eléctrico, el propietario de la red tiene la obligación de permitir el acceso a esta a terceros, pero tiene el derecho a recibir una remuneración por el uso de esa infraestructura. A su vez, el beneficiario tiene el derecho de acceso, pero la obligación de pagar por este.

En el ámbito del MER, el libre acceso a la red está garantizado en el Artículo 12 del Tratado Marco del MER[21]. Este mismo principio se garantiza también en el literal d), numeral 1.4.1. del Libro I del RMER[22]. Ambas disposiciones coinciden en que el libre acceso se asegura tanto para las redes de transmisión regionales como para las nacionales que estén en función regional, en virtud del mismo Tratado Marco que establece que estas integran la RTR.

4.2.1.5
Libre contratación y formación competitiva de precios

Otro elemento importante para lograr la competencia en el MER es la libre contratación y formación competitiva de precios. Este aspecto está garantizado desde el mismo Artículo 4 del Tratado Marco[23], según el cual las transacciones comerciales de electricidad se dan –o bien a través de intercambios de corto plazo, derivados de un despacho de energía con criterio económico regional– o a través de contratos de largo plazo entre agentes. El artículo citado es claro en señalar que estas transacciones comerciales de electricidad deben evolucionar gradualmente hacia una situación amplia, abierta y competitiva.

El Artículo 4 del Tratado Marco establece que el Mercado "operará como una actividad permanente de transacciones comerciales de electricidad, con intercambios de corto plazo, derivados de un despacho de energía con criterio económico regional y mediante contratos de mediano y largo plazo entre los agentes. El Mercado debe evolucionar gradualmente de una situación inicial limitada hacia una más amplia, abierta y competitiva, apoyando en la infraestructura existente y futura, tanto nacional como regional". Este elemento está también garantizado en el Artículo 3 del Segundo Protocolo al Tratado cuando señala que los agentes podrán llevar a cabo libremente y sin discriminación alguna la compra y venta de energía eléctrica[24].

El Artículo 3 establece que: "Las actividades del Mercado se realizarán entre sus agentes, los que podrán ser empresas dedicadas a la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad; así como grandes consumidores. Todos los agentes de los mercados mayoristas nacionales, reconocidos como tales en las legislaciones nacionales y en la medida en que el ordenamiento constitucional de cada Parte lo permita, serán agentes del mercado eléctrico regional y tendrán los derechos y obligaciones que se

21 Artículo 12 del Tratado Marco del MER. "Las redes de transmisión, tanto regionales como nacionales, serán de libre acceso a los agentes del Mercado. Los cargos por el uso y disponibilidad de las redes regionales serán aprobados por la CRIE y los cargos por el uso y disponibilidad de las redes nacionales serán aprobados por el ente regulador nacional y no serán discriminatorios para su uso en función regional".

22 Numeral 1.4.1 del Libro I RMER "Premisas para la organización y funcionamiento del MER: El MER es un mercado mayorista de electricidad a nivel regional cuya organización y funcionamiento se basa en las siguientes premisas: (...)

d) Los agentes del mercado tienen libre acceso a las redes de transmisión regional y nacional. La transmisión regional es el transporte de energía a través de las redes de alta tensión que conforman la Red de Transmisión Regional o RTR".

23 Artículo 4 del Tratado Marco del MER.

24 Artículo 3, Segundo Protocolo del RMER.

derivan de tal condición. Los agentes podrán llevar a cabo libremente y sin discriminación alguna, la compra y venta de energía eléctrica. Sin embargo, mientras la legislación de un país permita a una misma empresa la realización de dos o más actividades en la prestación del servicio eléctrico o la designación de una sola empresa para realizar transacciones en el Mercado, éstas deberán crear unidades de negocios separadas que permitan una clara identificación de los costos de cada actividad. La participación de los agentes en el Mercado se regirá por las reglas contenidas en este Tratado, sus protocolos y reglamentos".

La CRIE es la entidad encargada de analizar si hay una formación competitiva de los precios al interior del MER, para lo cual tiene que hacer un estudio integral de estos y su comportamiento dentro del mercado. Para hacer dicho estudio, la CRIE acude a los procedimientos descritos por el numeral 2.8.4 del Libro IV del RMER, donde se estipulan procedimientos como "establecer referencias históricas de los precios de mercado para periodos apropiados", al igual que "establecer precios de mercado "competitivos" para periodos apropiados mediante simulaciones de la operación del mercado"[25], entre otros.

4.2.1.6 Límites de participación en el mercado

Los límites de participación pueden ser horizontales o verticales. En los horizontales se establece un porcentaje de participación máximo al interior de la generación o bien, al interior de la transmisión o bien, al interior de la distribución o al interior de la comercialización. En los límites verticales, se imponen restricciones a la realización simultánea o al mismo tiempo, de diferentes actividades de la cadena eléctrica.

25 Numeral 2.8.4 del libro IV del RMER. "La CRIE realizará los siguientes análisis relacionados con los precios del MER:

e) Establecer referencias históricas de los precios de mercado para períodos apropiados; es decir, períodos de pico/ fuera de pico, estación húmeda/ seca, y otros.

f) Establecer precios de mercado "competitivos" para periodos apropiados mediante simulaciones de la operación del mercado.

g) Comparar y establecer relaciones entre los precios históricos de referencia del mercado con los precios "competitivos" estimados.

h) Comparar los precios de mercado recientes con los precios históricos de referencia y con los precios "competitivos" simulados, teniendo en cuenta las relaciones entre precios que se hayan establecido.

i) Para realizar las comparaciones anteriores se calcularán márgenes porcentuales de índices de precios, tomando como referencia los precios históricos y los precios "competitivos" descritos.

j) Además de los análisis anteriores, se deberán establecer relaciones entre los precios del MER y los precios de los mercados nacionales, entre los precios de los distintos productos y servicios comercializados en el MER, relaciones con los precios históricos anteriores a la operación del MER bajo el RMER y relaciones de los precios con las cantidades ofertadas".

En el caso del MER, la CRIE tiene la función de establecer los límites de participación en el mercado, con fundamento en los literales b), c) y g) del Artículo 23 del Tratado Marco[26]. El Artículo 30 del Segundo Protocolo da la señal de que –a través de un reglamento, aprobado mediante resolución de la CRIE– se establecerán los límites de participación máxima de un agente del mercado eléctrico regional. Dicho lo anterior, veamos la situación actual en que se encuentran estos límites, tanto en el Tratado, Protocolos y el RMER.

- **Límites de participación vertical.** El Artículo 5 del Segundo Protocolo[27] establece un límite de participación vertical en el mercado de transmisión regional, según el cual las empresas de transmisión no pueden realizar simultáneamente las actividades de generación, distribución y comercialización, como tampoco pueden ser grandes consumidores.

  En lo que respecta al RMER, no se encuentran desarrollados límites de participación vertical para el interior de las diferentes actividades de generación, distribución y comercialización. El único límite preestablecido es el que se define en el Artículo 13 del Tratado Marco (reformado por el Artículo 5 del Segundo Protocolo). No obstante lo anterior, el numeral 2.6.8 del Libro IV del RMER señala que la CRIE podrá adoptar medidas de mitigación en casos de repetidos abusos de poder del mercado. Lo anterior significa que la CRIE puede adoptar medidas de separación o desintegración vertical de una forma tal que los generadores no puedan desarrollar simultáneamente la actividad de distribución y comercialización, entre otras.

- **Límites de participación horizontal.** En el Tratado Marco y los Protocolos no se establecen reglas particulares sobre límites de participación horizontal. En el RMER hay una regla general sobre la integración o participación horizontal, consistente en darle a la CRIE la facultad de establecer y ajustar anualmente los porcentajes máximos de capacidad instalada y de demanda de los agentes, teniendo en cuenta la propiedad directa como indirecta de los agentes. En particular, se observa en el numeral 2.6.13 del Libro IV una regla específica sobre límites de integración o participación horizontal así:[28]

i. La propiedad directa como indirecta de los agentes: el 25% de la suma de la capacidad instalada en los países miembros del MER. Por la forma como se establece este porcentaje a la capacidad instalada, se infiere que se está consagrando límites a la participación horizontal en la actividad de generación.

ii. La propiedad directa como indirecta de los agentes: el 25% de la suma de la demanda máxima de los países miembros del MER. Por la forma como se establece este porcentaje relacionado con la demanda, se deduce que se está regulando el límite a la participación horizontal en la actividad de distribución y comercialización.

26 Artículo 23 del Tratado Marco del MER. Las facultades de la CRIE son, entre otras: (...) b) Tomar las medidas generales y particulares para garantizar condiciones de competencia y no discriminación en el Mercado. c) Adoptar las decisiones para propiciar el desarrollo del Mercado, asegurando su funcionamiento inicial y su evolución gradual hacia estados más competitivos. (...) g) Adoptar las medidas conducentes a evitar el abuso de posición dominante en el Mercado por parte de cualquier gente".

27 Artículo 5 del Segundo protocolo al Tratado Marco del MER. "Reformar el artículo 13 del Tratado Marco del Mercado Eléctrico Regional, el que se leerá así: "Las empresas de transmisión regionales no podrán realizar las actividades de generación, distribución y comercialización de electricidad, ni podrán ser grandes consumidores".

28 El encabezado de esta norma establece: "Al inicio de operaciones del MER bajo este RMER, se aplicarán los siguientes límites máximos de integración:..".

El numeral 2.6.8 del Libro IV del RMER señala que la CRIE podrá adoptar medidas de mitigación en casos de repetidos abusos de poder del mercado. Lo anterior significa que la medida podría consistir en establecer reglas estrictas de separación o desintegración horizontal de una forma tal que pueda ordenar que, al interior de la actividad de generación, se ajuste la regla específica del numeral 2.6.13 del Libro IV del RMER. En el mismo sentido, se puede decir que es posible establecer esos límites horizontales al interior de las actividades de transmisión, distribución y comercialización.

4.2.1.7
Participación de los enlaces extrarregionales en el MER

Los enlaces extrarregionales en el MER aumentarían la competencia, porque habría más agentes del mercado inyectando o retirando energía. Aunque la participación de los enlaces extrarregionales en el MER está mencionada en el numeral 3.2.4 del Libro I del RMER, requiere un mayor desarrollo para que se definan aspectos sobre los agentes, la transmisión, la operación técnica y comercial, y la solución de controversias.

4.2.2
Medidas para preservar o conservar la competencia

Cuando se ha logrado llegar a ciertos niveles de competencia, posiblemente se presenten algunas fallas del mercado que afecten a la competencia. Cuando esto sucede, se establecen políticas de regulación de choque o mitigación, encaminadas a preservar o proteger la competencia. Las medidas son diversas y contienen varias reglas de comportamiento en donde se les impone ciertas conductas y comportamientos que incluyen algunos ajustes de umbrales y la imposición de precios máximos al mercado.

El numeral 2.6.1 del Libro IV del RMER establece que, en desarrollo de sus funciones de supervisión y vigilancia del mercado y como resultado de las investigaciones, la CRIE puede adoptar dos de las siguientes medidas para corregir las situaciones detectadas: (i) Modificar el RMER, en el caso de situaciones detectadas; esto por supuesto que incluye las que limiten la competencia. Aquí estamos ante una intervención ex ante de la CRIE; (ii) imponer sanciones a un agente del mercado por el incumplimiento del RMER. Aquí se trata de una intervención ex post de la CRIE.

El numeral 2.8.9.2 del Libro IV del RMER contiene reglas adicionales para preservar o proteger la competencia frente a comportamientos inapropiados de los agentes

del mercado, como los abusos de poder de mercado, que afectan el normal funcionamiento del mercado en competencia. Además, el numeral 2.8.9.2 del Libro IV del RMER establece ciertos umbrales para identificar la posible ocurrencia de retenciones físicas dentro del mercado, como una conducta de poder de mercado, en los cuales se pueden adoptar medidas de mitigación. Esta figura de las acciones correctivas ya fue aplicada con la expedición de la Resolución -P-21-2014, donde se instruye al Operador Regional EOR evaluar los precios ex post que resulten de ofertas que se consideran en el proceso de posdepacho, todo con el propósito de proteger el buen funcionamiento del mercado eléctrico regional competitivo.

En resumen, en el MER se encuentran establecidas las reglas estructurales que permiten llegar gradualmente hacia un mercado eléctrico regional competitivo. Los avances regulatorios y reales en el mercado en materia de competencia tienen mecanismos que permiten preservarlos, protegerlos o defenderlos a través de acciones correctivas o de mitigación que ya han sido puestas a prueba como, por ejemplo, con la expedición de la Resolución –P-21-2014. Lo anterior, sin perjuicio que la CRIE tramite el procedimiento sancionatorio correspondiente frente a conductas que se pueden catalogar prácticas anticompetitivas.

4.2.3
Las prácticas anticompetitivas (Antitrust Law)

La regulación también determina conductas que son anticompetitivas y controla que estas no se materialicen en el mercado. Esta función es lo que se conoce como *antitrust law* y demanda una intervención directa por parte de la autoridad que investigue la materialización de estas conductas, y de ser el caso, la imposición de sanciones a través de un procedimiento sancionatorio. Es de señalar que cuando se determinen y se describan las conductas, estas deben cumplir con el principio de tipicidad y legalidad que garantizan

el debido proceso. Este último asegurado en el Artículo 43 del Segundo Protocolo al Tratado Marco.

Junto con la promoción de la Competencia, la CRIE tiene la función de controlar las prácticas anticompetitivas. Dicho control se materializa por medio de las investigaciones que realiza esta autoridad para determinar si hubo o no una conducta anticompetitiva al interior del mercado. En caso de confirmar la existencia de dicha conducta, la CRIE procede a determinar cuál es la medida sancionatoria acorde con los supuestos fácticos del caso, medidas que van desde la imposición de una sanción pecuniaria hasta la inhabilitación o expulsión del agente infractor del mercado. Los literales b) y g) del Artículo 23 del Tratado Marco, Artículo 21 del Segundo Protocolo y el literal f) del numeral 1.5.2.2 del Libro I del RMER autorizan a la CRIE a adoptar medidas, vigilar el cumplimiento de la Regulación Regional e imponer sanciones contra los incumplimientos.

El Artículo 30 del Segundo Protocolo al Tratado Marco del MER establece conductas prohibidas en el MER como: (i) manipulación de precios, (ii) abusos de posición dominante, (iii) incumplimiento de los límites de participación máxima de un agente del MER, (iv) otras prácticas anticompetitivas que dificulten u obstaculicen el desarrollo o funcionamiento del MER, que el mencionado Artículo 30 del Segundo Protocolo ordena que se detallen en el RMER. Cada una de estas prácticas se describen a continuación:

4.2.3.1
Manipulación de precios

Esta conducta está descrita en el literal f) del Artículo 30 del Segundo Protocolo al Tratado Marco del MER, al igual que en el numeral 1.5.2 del lLibro IV del RMER. Tal como está descrita la conducta de manipulación de precios, se debe entender que se trata de un acto contrario a la competencia. Al ser acto, significa que son comportamientos unilaterales del agente, sin que necesariamente se tenga en consideración la posición dominante de este agente en el mercado.

En materia del derecho de la competencia se conocen varios supuestos de manipulación de precios, como por ejemplo los precios predatorios, los discriminatorios, los excesivos o injustificadamente altos. Dicho lo anterior, podríamos afirmar que prácticamente esta conducta debería tener una adecuada tipificación, en donde de manera específica y precisa se determine claramente a qué tipo de manipulación de precios se está haciendo referencia. El ámbito de la manipulación de precios, tal y como esta redactada la norma, es una referencia amplia y ambigua que necesita ser precisada a efectos de garantizar los principios de tipicidad y legalidad.

4.2.3.2
Abusos de posición dominante

Esta conducta está descrita en el literal f) del Artículo 30 del Segundo Protocolo al Tratado Marco del MER, al igual que en el numeral 1.5.2 del Libro IV del RMER, aunque no contiene sus elementos esenciales y no están descritos los supuestos de abusos de manera específica y precisa. La sola mención de la conducta es ambigua e indeterminada.

En los modelos de competencia de los procesos de integración consultados, como los de la Comunidad Europa y Comunidad Andina, se puede evidenciar que la posición dominante no es per se lo que es contrario a la competencia, es el abuso de esa posición dominante. Por eso es que se controla. En esos modelos, se tipifican como abusos de la posición dominante los siguientes supuestos: la fijación de precios predatorios, discriminación de

agentes, las que dificulten el acceso o permanencia de competidores en el mercado, que limiten la capacidad instalada, el acceso a la red y la demanda de energía. De ahí que se requiere una adecuada tipificación de supuestos constitutivos de abuso de posición dominante en el MER.

4.2.3.3
Incumplimientos de los límites de participación máxima de un agente del MER

Esta conducta se denomina control de las concentraciones empresariales, en el derecho de la comunidad europea. En el MER, esta conducta está descrita en el literal f) del Artículo 30 del Segundo Protocolo al Tratado Marco del MER y desarrollada en el RMER por el numeral 2.6.12 en concordancia con el 2.6.13 del Libro IV[29]. El numeral 2.6.13 establece los límites máximos de integración que no se pueden violar. Este numeral contiene un criterio objetivo para medir y determinar cuándo estamos ante una violación de los límites máximos. Es de aclarar que esos límites están relacionados con la integración horizontal de la capacidad instalada o la demanda de energía de los agentes ante operaciones de fusión y adquisiciones u otras operaciones, u otras prácticas anticompetitivas que dificulten u obstaculicen el desarrollo o funcionamiento del MER. El literal f) del Artículo 30 del Segundo Protocolo al Tratado Marco del MER establece que estas se detallen en el reglamento aprobado mediante resolución de la CRIE. En efecto, el RMER desarrolló una de esas prácticas, las colusiones tácitas o explícitas. Esta conducta está descrita en el numeral 2.8.8.7 del Libro IV del RMER, pero esta conducta solo se limita a tipificar un supuesto de hecho, "las que tengan efectos significativos en los precios del MER". Sin embargo, hay otro tipo de colusiones tacitas o expresas que, sin tener efectos sobre los precios, presentan efectos anticompetitivos en el MER y no fueron tipificados en el RMER. Esta necesidad de tipificación adicional es necesaria para cumplir con el principio de legalidad, ya que deben anteceder en el tiempo a una posible comisión de una infracción no tipificada.

Las colusiones tácitas o explicitas que no se encuentran tipificadas en el MER, de acuerdo con la experiencia de la Comunidad Europea y la Comunidad Andina, son: discriminación de mercado que restringe la capacidad instalada y la demanda de energía o impide el acceso o permanencia de competidores. Por lo tanto, es necesario ampliar los supuestos de colusiones tácitas o explícitas en el MER.

Definitivamente, se requiere una mayor definición, determinación y precisión de las conductas establecidas en el RMER y una mayor tipificación de conductas anticompetitivas que contribuyan a garantizar los principios de legalidad y tipicidad.

29 Literal f) del Artículo 30 del Segundo Protocolo al Tratado Marco del MER. "Se clasifican como incumplimientos muy graves las siguientes conductas que ponen en grave riesgo la estabilidad, seguridad y confiabilidad de la red de transmisión regional o del Mercado Eléctrico Regional y las que afecten de manera sistemática y deliberada la continuidad y calidad del servicio del mismo, que realicen los agentes de Mercado y las entidades que sean designadas por las Partes para cumplir las funciones de Operadores de Sistema y Mercado (OS/OMS) y el Ente Operador Regional (EOR): (...) f) Realización de acciones para la manipulación de precios de electricidad y servicios auxiliares en el Mercado Eléctrico Regional o que configuren abuso de posición dominante y otras prácticas anticompetitivas que dificulten u obstaculicen el desarrollo o funcionamiento del Mercado Eléctrico Regional, que se detallan en el reglamento aprobado mediante resolución de la CRIE; así como el incumplimiento de los límites de participación máxima de un agente en el Mercado Eléctrico Regional establecidos en el mismo reglamento".

5. Conclusiones

- √ Después de 20 años estamos pasando de una Regulación Nacional a una Regulación Supranacional por los procesos de integración energética puestos en marcha en América Latina.

- √ La Regulación Supranacional no remplaza la Regulación Nacional en materia de electricidad, pero sí deben armonizarse.

- √ El desafío hacia el futuro es hacer una Regulación Supranacional dentro del marco de la existencia de mercados nacionales de electricidad en competencia o en monopolio y saber hacer una buena armonización.

- √ La importancia de la Regulación Supranacional es que abre la competencia en los mercados nacionales.

aresep

AUTORIDAD REGULADORA
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Facebook: @AresepCR

www.aresep.go.cr