

REGULACIÓN ECONÓMICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

DOS DÉCADAS DE REGULACIÓN DE
SERVICIOS PÚBLICOS EN IBEROAMÉRICA

BALANCE Y PERSPECTIVAS

GASPAR ARIÑO ORTIZ
JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA
JOSÉ DANIEL AMADO V.
JORGE DANÓS ORDÓÑEZ
ALEJANDRO VERGARA BLANCO
LINO TORGAL
DOUGLAS PEREIRA PEDRA
MARÍA ELISA SARDI
DANIEL NALLAR
SANTIAGO MONTT OYARZÚN
LUIS A. ORTIZ ZAMORA
JAVIER DE QUINTO
JOSÉ LUIS BONIFAZ
MELISSA CRISTINA PINTO PIRES MATHIAS
LUCIANO DE GUSMÃO VELOSO
LUIS ESPINOZA QUIÑONES
VITOR RHEIN SCHIRATO
JUAN CARLOS MORÓN URBINA
ANDRÉ CASTRO CARVALHO
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO
GUILLERMO THORNBERRY VILLARÁN
ALEJANDRO JIMÉNEZ
ESTEBAN ALFARO CALDERÓN
DIEGO ZEGARRA VALDIVIA

ALFREDO BULLARD
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO
ISABEL LIRA M.Q.
MARÍA TERESA QUIÑONES ALAYZA
JORGE H. SARMIENTO GARCÍA
STÉPHANIE ROUX
ESTELA B. SACRISTÁN
PABLO E. PERRINO
ALBERTO BIGLIER
IGNACIO ARAGONE RIVOIR
EDWIN QUINTANILLA ACOSTA
IGNACIO M. DE LA RIVA
MIGUEL JARAMILLO
MARCO ANTONIO BARBOSA FIDELIS
HÉCTOR HUICI
JUAN CARLOS LIU YONSEN
ROBERTO SOBRE CASAS
PIERRE NALVARTE SALVATIERRA
RAFAEL SILVA IZAÍAS
JOSÉ SALAZAR
MÓNICA SASTRE BECEIRO
SERGIO CIFUENTES CASTAÑEDA
LUIS PACHECO
EDGAR GONZÁLEZ
ALEJANDRO MOSCOL SALINAS

PRESENTACIÓN

Esta obra recoge las ponencias principales presentadas al 5to. Congreso de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), celebrado en Lima (Perú) los días 23 y 24 de noviembre de 2010.

Hace ahora siete años un grupo de profesores y profesionales de diversos países iberoamericanos vinculados al Derecho público y la regulación de sectores estratégicos, reunidos en Mendoza (Argentina) con ocasión de un evento académico en la Universidad de Cuyo, pensamos que era conveniente iniciar una tarea en común de desarrollo de conocimientos en materia de regulación.

Desde los años 90 el mundo estaba entrando en una época en la que instituciones y procesos son diferentes de los que caracterizaron a tiempos pasados. El Estado continúa siendo imprescindible para lograr que la libertad y la prosperidad lleguen a todos los ciudadanos, pero es necesario redefinir cuál debe ser hoy su posición frente a la sociedad y los mercados y cuáles pueden ser las funciones que desempeñe. Hemos vivido un cambio acelerado y global desde la pasada década. No es por ello de extrañar que, en algunos momentos, surja la perplejidad y sea difícil encontrar el camino hacia esta nueva época, claramente mejor para la humanidad, pero también más difícil.

Nos encontramos ante un verdadero *«tournant de l'histoire»*, ante una nueva encrucijada histórica, que viene marcada, en el orden político, por el fin del protagonismo absoluto del Estado, al que acompañan hoy nuevas organizaciones continentales y regionales; en el orden económico, por un proceso de sustitución de la economía agraria e industrial por una economía basada en el conocimiento y la información, cuyos nuevos procesos, recordando a Schumpeter, debemos procurar que sean más creadores que destructivos.

A lo largo de estos últimos años, muchos miembros de nuestra Asociación han llevado a cabo análisis y estudios sobre sectores como la energía, el transporte, las telecomunicaciones, el agua y demás servicios urbanos, en los que se garantice el mejor servicio a los ciudadanos, a todos los ciudadanos. Muchos de ellos quedaron recogidos en las Actas

de los Congresos anteriores celebrados en Santiago de Chile, Montevideo, São Paulo y San José de Costa Rica. A todos ellos viene a sumarse este libro de ponencias en el que destacados especialistas de diez países ibero-americanos nos ofrecen ideas y propuestas de buen gobierno.

Hemos tratado siempre de diseñar -y divulgar- marcas o modelos de regulación que tengan validez en todos nuestros países y aseguren el mejor funcionamiento de los servicios. No tenemos una cultura regulatoria heredada; antes bien, nuestra manera de pensar, de corte jurídico-burocrático, resulta a veces un obstáculo para fórmulas de regulación sectorial que hoy se extienden por el mundo y que están haciendo a nuestros competidores más ágiles y eficientes. Por eso creemos que es necesaria la divulgación de una cultura regulatoria que permita un crecimiento sostenido y un buen gobierno.

Pienso que ASIER contribuye a llenar una necesidad que se manifiesta entre nosotros de un modo particular. La cada vez más patente escasez de agua o de energía, la globalización de los sistemas de transporte y de las telecomunicaciones, la expansión de la sociedad de la información, con el riesgo de «fractura digital» entre la población, son problemas a los que hay que hacer frente con nuevas inversiones en infraestructuras y redes de servicios. Ello exige un marco jurídico y regulatorio estable y seguro. Son necesarias reformas estructurales de gran calado y ASIER se propone facilitar ese camino con ideas generadas sobre el terreno, compartidas con total honestidad y entregadas a quienes puedan hacerlas útiles, como nuestra modesta pero esforzada contribución al bienestar general.

Somos una entidad plurinacional sin ánimo de lucro, de tipo asociativo, abierta a todos los interesados en el conocimiento y desarrollo de los mecanismos jurídicos, técnicos y económicos implicados en la regulación de los grandes sectores que sostienen la vida de un país. Y este 5to. Congreso, que se abre con el conjunto de ponencias y estudios en este libro reunidos, ha tenido la fortuna de ser acogido y organizado por la Escuela de Administración de Negocios para Graduados de la Universidad ESAN, dirigido por su Decano Sergio Bravo Orellana, quien también es director del Instituto de Regulación y Finanzas (FRI), a quien ASIER quiere mostrar su reconocimiento por la extraordinaria labor que viene realizando, y su agradecimiento a Karim Flores Quintana por los «desvelos» que ha puesto en esta tarea.

GASPAR ARIÑO ORTIZ
Presidente de ASIER

GASPAR ARIÑO ORTIZ / ALFREDO BULLARD
 JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA / FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO
 JOSÉ DANIEL AMADO V. / ISABEL LIRA M.Q.
 JORGE DANÓS ORDÓÑEZ / MARÍA TERESA QUINONES ALAYZA
 ALEJANDRO VERGARA BLANCO / JORGE H. SARMIENTO GARCÍA
 LINO TORGAL / STÉPHANIE ROUX
 DOUGLAS PEREIRA PEDRA / ESTELA B. SACRISTÁN
 MARÍA ELISA SARDI / PABLO E. PERRINO
 DANIEL NALLAR / ALBERTO BIGLIERI
 SANTIAGO MONTT OYARZÚN / IGNACIO ARAGONE RIVOIR
 LUIS A. ORTIZ ZAMORA / EDWIN QUINTANILLA ACOSTA
 JAVIER DE QUINTO / IGNACIO M. DE LA RIVA
 JOSÉ LUIS BONIFAZ / MIGUEL JARAMILLO
 MELISSA CRISTINA PINTO PIRES MATHIAS / MARCO ANTONIO BARBOSA FIDELIS
 LUCIANO DE GUSMÃO VELOSO / HÉCTOR HUICI
 LUIS ESPINOZA QUINONES / JUAN CARLOS LIU YONSEN
 VITOR RHEIN SCHIRATO / ROBERTO SOBRE CASAS
 JUAN CARLOS MORÓN URBINA / PIERRE NALVARTE SALVATIERRA
 ANDRÉ CASTRO CARVALHO / RAFAEL SILVA IZAIAS
 VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE / JOSÉ SALAZAR
 LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO / MÓNICA SASTRE BECEIRO
 GUILLERMO THORNBERRY VILLARÁN / SERGIO CIFUENTES CASTAÑEDA
 ALEJANDRO JIMÉNEZ / LUIS PACHECO
 ESTEBAN ALFARO CALDERÓN / EDGAR GONZÁLEZ
 DIEGO ZEGARRA VALDIVIA / ALEJANDRO MOSCOL SALINAS

REGULACIÓN ECONÓMICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

DOS DÉCADAS DE REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN IBEROAMÉRICA: BALANCE Y PERSPECTIVAS



Asier



INSTITUTO DE
REGULACIÓN
& FINANZAS



esan



ARA EDITORES

1ª edición

- © ASIER - Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación
- © Universidad ESAN
Alonso Molina 1652 - Monterrico, Surco, Lima - Perú
Teléfono: (511) 317-7200
Web site: <http://www.esan.edu.pe>
- © ARA Editores E.I.R.L.
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú
Telefax: (511) 522-8060
E-mail: araeditores@yahoo.com
Web site: <http://www.araeditores.com>

ISBN: 978-612-4077-12-8

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional
del Perú N° 2010-15251

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías

Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en Perú

2010

Printed in Peru

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
REGULACIÓN Y DESARROLLO	
Sobre los entes reguladores y su función arbitral Gaspar Ariño Ortiz	17
«El Estado soy Yo» Arbitraje y regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores? Alfredo Bullard	37
Uso y abuso del derecho indicativo en la regulación económica Juan Miguel de la Cuétara	99
Las transformaciones en la dicotomía público-privado y la importancia de la regulación Floriano de Azevedo Marques Neto	121
La regulación del abuso de los procesos legales en el Derecho de la libre competencia José Daniel Amado V. / Isabel Lira M.Q.	149
La función que cumplen los organismos reguladores de servicios públicos en el ordenamiento peruano: ¿tutela de los usuarios o árbitros? Jorge Danós Ordóñez	173

Arbitraje, <i>ius imperium</i> y contratos de concesión María Teresa Quiñones Alayza	199
Una tríada económica y jurídica: recursos naturales, bienes públicos y servicios públicos conexos. Para un balance de 30 años de liberalización económica en Chile (1980-2010) Alejandro Vergara Blanco	217
Algunos principios en materia de regulación Jorge H. Sarmiento García	255
<i>Golden shares</i> : uma contradição do mercado? Lino Torgal / Stéphanie Roux	275
Análise de impacto regulatório e suas repercussões no ordenamento jurídico brasileiro Douglas Pereira Pedra	297
De la despolitización a la repolitización de la toma de decisión regulatoria: La experiencia argentina Estela B. Sacristán / María Elisa Sardi	329
Apuntes sobre la potestad normativa de los entes reguladores en el Derecho argentino Pablo E. Perrino	355
La necesidad de construir «sistemas» en vez de instituciones aisladas para el progreso de los sectores estratégicos Daniel Nallar	375
La constitucionalización de la protección al mercado en la República Argentina (La regulación de la injerencia del Estado monopsónico) Alberto Biglieri	389
Expropiaciones directas y derregulatorias y reforma regulatoria pesquera Santiago Montt Oyarzún	405

Procedimientos y metodologías para la mejora de la calidad regulatoria Ignacio Aragone Rivoir	459
--	-----

La autorregulación tutelada como medio de protección de los consumidores de servicios financieros Luis A. Ortiz Zamora	501
---	-----

ENERGÍA

Perú: Institucionalidad, regulación y desempeño del sector electricidad a 18 años de la reforma Edwin Quintanilla Acosta	527
---	-----

¿Es la estatización la respuesta adecuada para los mercados energéticos en América Latina? El caso boliviano Javier de Quinto	577
--	-----

Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos bajo el régimen federal argentino Ignacio M. de la Riva	593
---	-----

Relative efficiency analysis for peruvian distribution sector: Inefficiency's explicative factors José Luis Bonifaz / Miguel Jaramillo	629
---	-----

Conceptos básicos para el modelaje tarifario del transporte de gas natural en Brasil Melissa Cristina Pinto Pires Mathias Marco Antonio Barbosa Fidelis / Luciano de Gusmão Veloso	659
---	-----

Contrastes de dos décadas de regulación eléctrica en la Argentina Héctor Huici	689
---	-----

La creación de infraestructura energética y los cambios de marco normativo en los últimos 40 años Luis Espinoza Quiñones / Juan Carlos Liu Yonsen	719
--	-----

Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público Vitor Rhein Schirato	749
--	-----

INFRAESTRUCTURA & APP

Garantías en la asociación público privada Roberto Sobre Casas	781
La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los organismos reguladores Juan Carlos Morón Urbina	795
Aspectos tributarios de las Asociaciones Público Privadas Pierre Nalvarte Salvatierra	831
El proceso <i>Path-dependent</i> en la regulación de los servicios públicos de infraestructura André Castro Carvalho / Rafael Silva Izaías	853

AGUA Y SANEAMIENTO

El agua como derecho humano y como servicio público Víctor Rafael Hernández-Mendible	879
Resumen del estudio para relanzar las IP en el sector agua potable y saneamiento del Perú: Aportes del regulador SUNASS José Salazar	917
Aplicación en España de la Directiva europea de inundaciones mediante el Real Decreto 903/2010 de 9 de julio Lucía López de Castro García-Morato	941
Derecho a exigir una indemnización por la fijación de caudales ambientales Mónica Sastre Beceiro	979

TELECOMUNICACIONES

Regulación, desarrollo de infraestructura y responsabilidad empresarial en las industrias reguladas Guillermo Thornberry Villarán / Sergio Cifuentes Castañeda	1007
Regulación y desarrollo de las telecomunicaciones: Balance y perspectivas Alejandro Jiménez / Luis Pacheco	1037
La apertura del mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica: balance del nuevo paradigma regulatorio Esteban Alfaro Calderón	1087
Las potestades normativas de los organismos reguladores. El sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones: Balance y perspectivas Edgar González	1103
La estabilidad orgánica como garantía de la independencia de la Administración Reguladora: el caso del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL (1993-2010) Diego Zegarra Valdivia	1133
La potestad normativa y regulatoria y el Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos de América: una aproximación a la facultad del Regulador para regular el acceso a los elementos de red de manera desagregada Alejandro Moscol Salinas	1153

REGULACIÓN Y DESARROLLO

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN AL
MERCADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA
(LA REGULACIÓN DE LA INJERENCIA DEL ESTADO MONOPSÓNICO)

ALBERTO BIGLIERI

SUMARIO: I. Introducción. II. Contratación Directa. III. Precepto Constitucional Nacional. a) Consumidores y usuarios. b) Distorsiones: monopolios y monopsonios. c) Competencia y concurrencia. IV. Conclusión: preguntas y respuesta jurisprudencial.

I. Introducción

La constitucionalización del derecho a la vida no eliminó, ni redujo la tasa de homicidios, ni la mortandad infantil por desnutrición, ni los accidentes de tránsito fatales en la Argentina, ni en ninguno de los países que han incorporado los Pactos Internacionales de protección a los Derechos Humanos a sus bloques de constitucionalidad.

Tampoco la incorporación al derecho interno de los Pactos sobre transparencia y anticorrupción¹ o, directamente la constitucionalización de la Licitación² eliminará el flagelo de la corrupción, que ni siquiera amengua la tipificación de esas conductas³.

Es que la construcción del instituto no se realizó como un procedimiento destinado a ello. Debería sostener, muy por el contrario, que las constantes modificaciones a la selección previa del contratante, y en especial la inmensa cantidad de excepciones que, como un paso o eslabón más del sistema, consagran la posibilidad de contratar directamente por montos y dimensiones que *a priori* están prohibidos, están volviendo el tiempo atrás, desandando el camino, desconstruyendo el instituto, con un poder político que busca la libre contratación como sinónimo de impunidad.

¹ LN 24759, Convención Interamericana. LN 26097 Convención de las Naciones Unidas.

² Como la ha hecho la Constitución de la Provincia de Catamarca.

³ LN 25188.

Es que, la gran dificultad se encuentra –para quienes buscan como principal finalidad de este procedimiento la transparencia y la lucha contra la corrupción– en la equívoca denominación de dos institutos de una naturaleza diametralmente opuesta, consagrados en nuestra normativa con un idéntico nombre que confunde al principiante y al más avezado investigador de los órganos u organismos de control, como lo sostuvo GARCÍA SANZ: «Cada contratación directa en estas condiciones es un paso más hacia la confusión y una invitación a la merma en los mecanismos de control social sobre el accionar público»⁴.

Efectivamente, es una Contratación Directa, la que se realiza en los niveles iniciales de la escala dineraria fijada por las normas contractuales –sólo precedida por las «cajas chicas» u otros similares– y se conecta como la única alternativa de los actuales procedimientos licitatorios que puede demostrar su relación genealógica y plantarse ante la sociedad como la legítima heredera de su antepasada: la libre contratación pública.

Pues, siguiendo con la metáfora sucesoria, todos los otros institutos, aplicables a montos superiores, pueden pretender hacerse con el acervo hereditario del *inicio de los tiempos*, cuando las analogías del derecho privado prevalecían sobre las normas puras de derecho público, si y sólo si aceptamos –convencionalmente– que fueron a ocupar el espacio que dejó vacío la libertad contractual del Estado, que ante el crecimiento de la incidencia de éste en el mercado, exigía como correlato mayor control por ese supuesto, y en menor medida –está es mi tesis– limitar los pecados de la *tentación* de los funcionarios que podían orientar la decisión hacia una contraparte con la que se relacionen, en riña con la ética.

Lo cierto, es que el procedimiento licitatorio recorre un orden lógico –a veces sin secuencia temporal– que va desde su nacimiento –y abandono de la libertad contractual mencionada– incorporando obstáculos al recorrido selectivo de la contraparte, a la vez que robustece su anclaje normativo. Cada vez más alambicado el procedimiento, cada vez más alto el rango normativo que lo impone.

Pero, hecha la ley... o el reglamento o la manda constitucional), institucionalizado el atajo.

⁴ GARCÍA SANZ, Agustín, *La Ley*, 2004-C, 1535.

Las excepciones, que como veremos también se han multiplicado con el tiempo, han progresado aún más en el volumen de los objetos contratados que en su normativización⁵. Y como si esto fuera poco, la doctrina –y la jurisprudencia y la legislación– bautizan genéricamente al desenlace del procedimiento inconcluso con idéntica terminología que aquellos contratos menores ya mencionados. A ambos se los conoce como: Contratación Directa.

Esta última, se transforma en un *instituto virtual*, bajo cuya denominación se engloba a todos los *institutos reales* de las excepciones aplicables al procedimiento licitatorio disparado por la norma determinante del quantum de los contratos públicos, creando una confusión fenomenal.

Tal es la confusión, que volviendo a la metáfora sucesoria, este engendro virtual, pretende con su «nombre y apellido» apócrifos, reabrir la sucesión de la causante *libertad contractual*, y erigirse en la única heredera, desplazando a su homónima –y económicamente pobre por sus menores montos– que en la confusión general se ve obligada a la utilización de apodos para diferenciarse⁶.

II. Contratación directa⁷

Sin analogías ni recursos literarios:

La Contratación Directa, es un instituto subsistente del viejo régimen de libertad contractual del Estado incipiente con poca intervención administrativa y menor presencia en el mercado. Conlleva un altísimo nivel de responsabilidad del funcionario, pero que se ve muy amenguado por la escasa incidencia dineraria de la contratación, que, incluso, pasa inadvertida en las macro auditorias y controles superficiales de los órganos u organismos cuya competencia se limita al control posterior de la gestión pública.

Lamaré a la primera –a la heredera legítima– *Contratación Directa natural* y a la segunda –a aquella que se usa para denominar el

⁵ La urgencia y el único oferente acaparan la mayoría de las contrataciones.

⁶ Tramite Simplificado, compulsa de precios, etc.

⁷ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 69. Este autor, como la mayoría de la doctrina, utiliza el mismo título de esta referencia para dedicarse a estudiar tanto a los métodos excepcionales dentro del procedimiento licitatorio como a las de «presupuesto inferior».

conjunto de excepciones del procedimiento licitatorio– *Contratación Directa artificial*⁸.

Se comenzará a notar que, *la artificial*, crea una cortina de humo, que produce dos efectos: primero impide la visión y luego irrita la vista. Como el sistema real consagra a la contratación directa *natural* para montos exiguos, los controles se relajan. Pero aún cuando perciben que la importancia dineraria, la duración o la trascendencia pública de la contratación directa no se condice con su *natural* aplicación, se aborda su estudio desde el falso presupuesto que el recorrido del procedimiento precontractual con la cita y aplicación parcial de las normas licitatorias –que contienen las excepciones–, implica su respeto y conclusión normal.

Abundan publicaciones de llamados a cotizar sobre objetos únicos en el mercado⁹. U otras cuya urgencia en la adquisición, se argumenta después de iniciado el procedimiento. Todos «atajos» para lograr la *contratación directa artificial*, justificada por la excepcionalidad.

La situación, además se relaciona en forma directa con la complementariedad de la norma administrativa en relación con la legislación penal, de ética pública y las convenciones internacionales de transparencia y anticorrupción. El desapego al procedimiento es la infracción que dispara el control sobre la responsabilidad penal del funcionario.

El código penal se nutre de normas *extrapenales* a las que remite cada vez que se encuentra ante la dificultad de definir un tipo penal específico, casi abandonando la filosofía propia de esa rama del derecho y entrando en una tensión con las garantías a la libertad, defendidas desde la tipificación penal como elemento determinante.

Es que nuestro sistema, aplica al mismo tiempo ambas reglas, creando un grave problema ante los casos en que las conclusiones del

⁸ En otro interesante trabajo, GARCÍA SANZ, Agustín, «Licitación Pública vs. Contratación Directa: ¿La batalla perdida?» en *Revista Res. Pública*, 2006-3, pp. 75 y ss., sostenía otra denominación para otro subsistema de Contratación Directa: La Contratación Directa Sui Generis, para referirse a las que «invitan» a tres oferentes.

⁹ Por ejemplo: alquileres de inmuebles para oficinas de determinados metrajes y localizaciones, que en las pequeñas ciudades, muchas veces son únicos o ninguno reúne las exigencias, lo que deriva en otras formas excepcionales de contratación.

control administrativo no comprueban falencias, que a la hora de ser denunciadas en la sede penal siguen en curso. Otros Sistemas –como el español o el francés– solo disparan el proceso penal después de constatada la irregularidad administrativa.

III. Precepto constitucional nacional

En 1994, se reformó la Constitución Nacional, y se incorporó este artículo, a la primera parte del texto, que contiene el precepto de protección a la libre concurrencia, como actividad movilizadora de la economía, y del mercado como el agente o *regulador común*¹⁰ de la competencia, incluido entre los derechos esenciales plasmados en el llamado *núcleo duro*:

Artículo 42- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, **a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales**¹¹, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios».

En este sentido la reformada estructura jurídica organizada desde la letra constitucional ha impulsado esta nueva situación, pues en el principio de la concurrencia y competencia del mercado en la economía argentina, no puede estar ausente la contratación pública¹². Sostengo, entonces, que la letra del artículo 42, sin recurrir al método de la expresión de los presupuestos mínimos ambientales (del artículo 41), igualmente atraviesa la tradicional forma de reparto de las competencias constitucionales, y atándose a la potestad del Congreso Nacional sobre las relaciones civiles y comerciales, se inmiscuye en

¹⁰ Esta denominación –regulador común– para referirse a la Competencia, ha sido utilizada por la CSJ, en el histórico Fallo Ercolano.

¹¹ El resaltado me pertenece.

¹² Fallo WARMING SA, CNCAF Sala IV 5/11/02.

adelantar un umbral o base de control a la participación del Estado como agente del mercado, que no puede ser olvidado en las legislaciones locales. Estamos en presencia de la consagración de otro derecho (en este caso común y sustancial), que el constituyente le ha ordenado proteger a *las autoridades* y no se ha limitado en esa orden a los poderes legislativos. Aún así –va de suyo– es el Congreso de la Nación quien debe tutelar el ámbito del desarrollo de los derechos comunes que le corresponde regular, so pena de tornar ilusorias las normas que rijan relaciones en un atmósfera que las haga impracticables .

Sin tomar partido por la ubicación del artículo 42¹³, es igualmente esclarecedor apuntar que:

«...la esencia no otorga la denominación de «común» al plexo normativo, sino la decisión histórica de las Provincias de delegar su regulación para que en todo el territorio nacional rigieran las mismas normas de derecho civil, comercial, penal, laboral, minería y de la seguridad social. En otros términos, no atañe a la esencia de los derechos que su regulación sea competencia del Congreso o de las legislaturas provinciales, sino de la política del constituyente. El derecho de fondo es, por su lado, el que regula directamente las relaciones y situaciones jurídicas sustanciales, sin importar que las mismas sean de derecho público o de derecho

¹³ Por fuera de las atribuciones expresas del Congreso sobre normas comunes, pero con la lógica de reconocer también entre ellas algunas esparcidas a lo largo del texto, como por ejemplo las tributarias del artículo 4 y del 17, o las relativas al régimen electoral y partidos políticos (arts. 37 y 38). Estos ejemplos, además, sometidos a una protección especial de reserva legal conforme al art. 99, inciso 3 -exclusión de DNU-. No obstante, las CSJ en el Considerando 7º de « Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús» utiliza una redacción –a mi entender en el sentido que vengo exponiendo– clara, pero que deja algunas dudas al referirse únicamente al artículo 75: «A título general, debe recordarse que, de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)». En 2008, en «Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros « al tratar el tema del Riachuelo , la CSJ usa otra expresión compleja, pero se acerca más a la idea de incorporar derechos comunes y específicos a la tradicional lista del 75: «la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por disposiciones específicas de la Constitución Nacional».

privado. El carácter de fondo sí debe indagarse en la esencia del derecho; el derecho regulado es sustancial o adjetivo y allí no existen criterios subjetivos de clasificación, aunque pueda haber zonas grises»¹⁴.

En relación, ahora sí directa, DROMI, en un listado de las normas constitucionales que él considera los fundamentos del orden público económico, incluye al artículo 42 y se refiere a todos esos preceptos así:

«En este orden, todos los valores constitucionalizados referidos a la economía configuran un marco mínimo al que debe ajustarse el diseño de las políticas de Estado y el ordenamiento jurídico. Es decir que tales valores informan un modelo en base al cual es posible juzgar sobre la validez sustancial del ordenamiento económico»¹⁵.

Justo es decir, que esas normas locales, como se verá seguidamente, en la mayoría de las ocasiones, se han adelantado al desarrollo del derecho público federal, y sin esperar la vigencia de la manda constitucional en examen, han consagrado el instituto de la Licitación, en sus legislaciones y Constituciones.

Algunas opiniones se orientan en línea a buscar una solución «intermedia» al problema de reparto de competencias:

«La solución que se dé a éste sentará las premisas sobre las que deben hallar respuesta una serie de planteos jurídicos, particularmente en lo que concierne a la relación entre los poderes federales y provinciales, en materia de tutela de la competencia»¹⁶.

a) Consumidores y usuarios

Puede prestarse a confusión, pero ha sido expresa la decisión del constituyente de utilizar ambos términos –y por ende diferenciarlos–. El consumo cae en la órbita del control público por la economía de escala que obliga a la administración a tomar cartas en un asunto que le es extraño. Los principios que se han consagrado paulatinamente

¹⁴ PUSTERLA, José C. / ANTONOWICZ, Martín, «El carácter local del Derecho administrativo en los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema», en *Suplemento Derecho administrativo de la Ley*, 22 de Junio de 2010, p. 19.

¹⁵ DROMI, Roberto, *Competencia y monopolio - Argentina, MERCOSUR y OMC*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 36.

¹⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, t. I, 2ª ed., Heliasta, Buenos Aires, 2005, p. 171.

en la relación de consumo, provienen de los reglamentos protectivos de los derechos de los usuarios ante los prestadores de los servicios públicos. Son una adecuación de las bases de aquella relación reglamentaria *incrustadas* en esta relación privada entre comerciantes y clientes. Clientes o Consumidores que, en tanto desprotegidos ante fenómenos como la publicidad o los contratos de adhesión, encuentran reparo en los principios generales del derecho público.

Por si a esta altura quedan dudas, entre las medidas procesales incorporadas al texto constitucional, el amparo del artículo 43, consagra la operatividad de este remedio cuando no exista otra vía judicial más idónea, *contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley, pero con la mayor garantía que ofrece* –para el caso en estudio– la ampliación de la legitimación para iniciar el proceso, pues *podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.*

b) Distorsiones: monopolios y monopsonios

Es menester, para comprender este trabajo, que la mención del monopolio alcanza para limitar la figura del Estado como único oferente, pero también la norma anterior, más genérica que garantiza «la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados» viene a incluir la prohibición de las otras formas típicas de defectos de la competencia también conocidas como posiciones dominantes.

«La competencia que se produzca entre un gran número de vendedores (COMPETENCIA PERFECTA) será distinta de aquella que se genere en un mercado donde concurra un número reducido de vendedores (OLIGOPOLIO). Como caso extremo, en donde la competencia es inexistente, destaca aquel en que el mercado es controlado por un solo productor (MONOPOLIO). En cualquiera de estas situaciones, los productores compartirán el mercado con un elevado número de compradores. También caben, sin embargo, las situaciones en que hay un reducido número de demandantes, como por ejemplo los casos de MONOPSONIO y OLIGOPSONIO.

En general puede afirmarse que cuanto más alto resulte el número de participantes más competitivo será el mercado.

Un MONOPOLIO es un mercado donde solo hay un oferente. El empresario monopolista tiene la capacidad para determinar el precio. Un monopolio natural surge cuando el costo medio total de una empresa individual se reduce a un nivel tal que ella sola puede producir la cantidad total vendida a un costo medio inferior al de dos o más empresas. Puede haber monopolio por el lado de la oferta y por el lado de la demanda, el tipo más frecuente es el monopolio de la oferta.

UN MONOPSONIO es mercado en el que solo hay un comprador.

Un OLIGOPOLIO es aquel mercado en el que la mayor parte de las ventas las realizan unas pocas empresas, cada una de las cuales es capaz de influir en el precio de mercado con sus propias actividades. Como forma de mercado el oligopolio puede existir tanto del lado de la oferta como por el de la demanda; así, un oligopolio será de oferta cuando la demanda esta atendida por unos pocos oferentes. Por otro lado cuando un escaso número de demandantes debe absorber el bien o servicio producido por un gran número de oferentes, estaremos ante un oligopolio de demanda, también denominado oligopsonio.

Un OLIGOPSONIO es un mercado en que solamente hay unos pocos compradores»¹⁷.

Otros autores, completan estas definiciones con la idea de que la escasa pluralidad de sujetos en uno de las fuerzas del mercado deben aparecer *coaligadas* para deformar el precio, pues puede haber una competencia genuina entre dos o más participantes que no pacten sus políticas de precio antes de salir al mercado.

c) Competencia y concurrencia

La acepción de la palabra competencia en este pasaje constitucional está inequívocamente ligada al vocabulario económico¹⁸.

¹⁷ MOCHON, Francisco / BEKER, Víctor A., *Economía. Principios y aplicaciones*, Edigrafos, Madrid, 1996, pp. 198, 222, 241.

¹⁸ Que utilizamos en las citas anteriores, típicas del castellano, pues podríamos señalar que el inglés ha recorrido un camino distinto «recargando» la noción de rivalidad económica sobre el término concurrencia, e inclusive

Viene a reemplazar el término más amplio y antiguo de concurrencia¹⁹⁻²⁰, pues sostenemos que el constituyente ha adjudicado las nociones clásicas de competencia y jurisdicción, entendiéndolas como las medidas de las atribuciones de la función administrativa y de la judicial, (vg. CN Artículo 75 inciso 24, Artículo 100 1er. Parr., Artículo 117) y no ha encontrado un termino unívoco para expresar su voluntad de limitar la distorsión en el mercado, echando mano a la tercera acepción de competencia²¹ en el Diccionario de la Real Academia, que en la jerga económica le agrega a la concurrencia o presencia en el mercado la idea de rivalidad, y dicho sea de paso, abreva a nuestra hipótesis de limitar al Estado como único demandante. Más tarde, en 1999 los legisladores, con más espacio para concretar nociones, definiciones y acepciones al vocabulario, dejaron expresa la situación de guarecer bajo la tutela de la Ley 25156 a ambas posiciones dominantes en el mercado²² cometidas por distintos agentes, entre ellos las personas jurídicas públicas²³⁻²⁴.

atándola a las licitaciones, como se puede ver en ALCARAZ VARÓ, Enrique / HUGHES, Brian, *Diccionario de Términos Jurídicos*, 2ª reimp., inglés español, español Inglés, Ariel, Barcelona, 1999, p. 475.

¹⁹ *Diccionario de la Real Academia*, XXII, t. I, Espasa, Buenos Aires, 2004, p. 615. «Concurrencia: Acción y efecto de concurrir // 2. Conjunto de personas que asisten a un acto o reunión. // 3. Coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias // 4. Asistencia, participación.

²⁰ *Diccionario Enciclopédico Hispano Americano*, t. V, Montaner y Simón Editores, Barcelona, 1890, p. 692. «Concurrencia: Econ. Pol. En su acepción económica significa esta palabra la libertad industrial y comercial sin obstáculos de ningún género y perfecta y completamente ilimitada...».

²¹ *Diccionario de la Real Academia*, XXII edición, Espasa, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 604. «Competencia: //3. Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio».

²² Ley 25.156. Artículo 4º: A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos.

²³ Ley 25156, Artículo 3º: Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en

Como se comenzará a percibir, pretendo instalar una discusión sobre el rol de un Estado como único comprador, pues los monopolios –y oligopolios– estatales han obtenido limitaciones de todo tipo, incluso ante la imposibilidad material de restringirlos, ha nacido la acción de las autoridades reguladoras para crear un sistema artificial de mercado al fijar las tarifas.

La protección constitucional de la competencia –que registraba un antecedente importante en la Constitución de 1949²⁵, cuyo texto no podía tildarse de liberal–, fija un amplio criterio de desenvolvimiento para la actividad privada y de concurrencia en el mercado. Aunque

la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional. A los efectos de esta ley, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.

²⁴ Nótese la simpática –y cabalística– coincidencia: El número de la ley que regula la participación del Estado en el mercado es dictada 1000 normas después de la emblemática Ley de Administración Financiera N° 24156.

²⁵ Constitución Nacional de 1949, Artículo 40.- La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, **toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.** Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias. Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine. El precio por la expropiación de empresas concesionarios de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido».

la mayoría de los autores²⁶ no se han ocupado –todavía– de la cuestión monopsónica, la injerencia del Estado como único demandante en un mercado limitado a sus fronteras lo transforma en un actor clave de la formación de precios, o, peor aún: cuando no reglamenta su participación, en un elector discrecional del oferente con la incidencia que de ello se infiere.

IV. Conclusión: preguntas y respuesta jurisprudencial

Ahora bien, ¿es tolerable en el sistema constitucional la posición monopsónica del Estado en el mercado? ¿Respeto la manda del artículo 42, un Estado que libremente adquiere bienes y servicios en un mercado, al cual impone sus reglas de juego en bienes escasos (energía nuclear, inmuebles especiales, servicios de seguridad, etc.)?, y peor aún, ¿qué ocurre con aquella cláusula cuando su voracidad compradora termina concentrando la oferta en los grandes jugadores que pueden resistir sus modificaciones contractuales, demoras en los pagos y consolidaciones de deuda, situaciones que exterminan del mercado a las Pymes y a aquellos *desamparados* de la simpatía de turno?

En lo referente al sistema federal, el imperio de la protección del artículo 42 de la Constitución Nacional al derecho de la competencia en el mercado, se instala en la típica redacción programática de nuestra Carta Magna, y pacíficamente orienta a la necesidad de legislar sobre el sistema de preselección de contratantes, abandonando definitivamente el viejo principio de libre contratación del Estado y limitando la utilización de las vías excepcionales.

Para finalizar, un primer ejemplo de la actividad jurisprudencial que –entendemos– ha empezado a recorrer este camino, que sucintamente esbozamos en este espacio, muy lentamente pero en forma inequívoca:

«...en la reforma constitucional operada en el año 1994 se dispuso –art. 42, segundo párrafo, de la Carta Magna– la defensa de la

²⁶ Los comentarios al artículo 42 se orientan en general al Estado oferente y no al Estado demandante, como ejemplo ver en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, 6ª ed., t. II, *La defensa del usuario y del administrado*, Editorial Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires, 2003, p. II-9; GELLI, María Angélica, *Constitución de la nación argentina. Comentada y Concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 461; BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de Derecho constitucional*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 120.

competencia contra toda forma de distorsión de mercados, con lo cual se consagró el principio de concurrencia en la economía argentina, el que no puede estar ausente en la contratación pública»²⁷.

²⁷ Fallo WARMING SA. CNCAF Sala IV.

5to. Congreso Iberoamericano de Regulación Económica

Lima, 23 y 24 de noviembre de 2010



"Esta obra recoge las ponencias principales presentadas al 5to. Congreso de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), celebrado en Lima (Perú) los días 23 y 24 de noviembre de 2010.

(...)

Desde los años 90 el mundo estaba entrando en una época en la que instituciones y procesos son diferentes de los que caracterizaron a tiempos pasados. El Estado continúa siendo imprescindible para lograr que la libertad y la prosperidad lleguen a todos los ciudadanos, pero es necesario redefinir cuál debe ser hoy su posición frente a la sociedad y los mercados y cuáles pueden ser las funciones que desempeñe. Hemos vivido un cambio acelerado y global desde la pasada década. No es por ello de extrañar que, en algunos momentos, surja la perplejidad y sea difícil encontrar el camino hacia esta nueva época, claramente mejor para la humanidad, pero también más difícil.

(...)

Hemos tratado siempre de diseñar –y divulgar– marcas o modelos de regulación que tengan validez en todos nuestros países y aseguren el mejor funcionamiento de los servicios. No tenemos una cultura regulatoria heredada; antes bien, nuestra manera de pensar, de corte jurídico-burocrático, resulta a veces un obstáculo para fórmulas de regulación sectorial que hoy se extienden por el mundo y que están haciendo a nuestros competidores más ágiles y eficientes. Por eso creemos que es necesaria la divulgación de una cultura regulatoria que permita un crecimiento sostenido y un buen gobierno.

Pienso que ASIER contribuye a llenar una necesidad que se manifiesta entre nosotros de un modo particular. La cada vez más patente escasez de agua o de energía, la globalización de los sistemas de transporte y de las telecomunicaciones, la expansión de la sociedad de la información, con el riesgo de «fractura digital» entre la población, son problemas a los que hay que hacer frente con nuevas inversiones en infraestructuras y redes de servicios. Ello exige un marco jurídico y regulatorio estable y seguro. Son necesarias reformas estructurales de gran calado y ASIER se propone facilitar ese camino con ideas generadas sobre el terreno, compartidas con total honestidad y entregadas a quienes puedan hacerlas útiles, como nuestra modesta pero esforzada contribución al bienestar general.

(...)”.

GASPAR ARIÑO ORTIZ

Presidente de ASIER

De la presentación

ISBN: 978-612-4077-12-8



9 786124 077128