

# AVANCES REGULATORIOS EN AMERICA LATINA:UNA EVALUACION NECESARIA

por Guido Santiago Tawil<sup>1</sup>

## *I. Introducción.*

La década de los ´90 importó una transformación significativa en las políticas públicas y económicas de diversos países de América Latina. Los esfuerzos iniciados en Bolivia y Chile a mediados de los ´80 con el objeto de alcanzar cierta estabilidad económica e introducir reformas estructurales orientadas hacia políticas de mercado se expandieron así definitivamente en la región a partir de la década siguiente.<sup>2</sup>

En un marco caracterizado en general por serias crisis económicas y la llegada al poder de nuevos gobiernos con importante apoyo político<sup>3</sup>, los esfuerzos principales se centraron en la reducción del déficit fiscal y el gasto público<sup>4</sup>; la reforma de los sistemas financieros, la liberalización del comercio, la eliminación de restricciones para el ingreso y egreso de capital y la transferencia al sector

---

<sup>1</sup> Doctor de la Universidad de Buenos Aires (Area Derecho Administrativo). Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires y de Regulación de los Servicios Públicos en las Maestrías de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina y de Derecho Empresario de la Universidad de San Andrés. Socio de M. & M. Bomchil a cargo del Departamento de Derecho Administrativo y Regulación Económica (Buenos Aires, Argentina).

<sup>2</sup> Como es sabido, los principales procesos de reforma en la región se desarrollaron a partir de 1985 en Bolivia y Chile, en 1988 en Salvador, Guatemala y México, en 1989 en Venezuela, en 1990 en la República Dominicana, Honduras y Perú, en 1991 en Argentina, Colombia, Nicaragua y Uruguay, en 1992 en Ecuador y Guyana, en 1993 en Trinidad y Tobago, en 1994 en Brasil y en 1995 en Haití y Surinam.

<sup>3</sup> El escenario mencionado no puede ser desatendido a fin de entender adecuadamente el fenómeno ocurrido en la región. Como es sabido, todo proceso de reforma estructural trae aparejados costos políticos relevantes. Especialmente en aquellos supuestos en que -como consecuencia de la reducción de la estructura estatal y la apertura económica- las reformas a introducir importan la eliminación de puestos de trabajo y de subsidios largamente establecidos. En tal sentido, se ha señalado con acierto que para que resulten viables reformas como las señaladas ellas deben resultar (i) políticamente deseables para quienes ejercen el liderazgo y quienes lo sustentan (sea como consecuencia de cambios de regímenes, nuevas coaliciones o crisis económicas relevantes); (ii) políticamente posibles (en el sentido que quienes ejercen el liderazgo se encuentren en condiciones de obtener la aprobación y apoyo de otras entidades cuya cooperación es decisiva para su éxito como las legislaturas, los gobiernos provinciales, etc.) y (iii) creíbles (asegurando a potenciales inversores que las empresas privatizadas no serán nuevamente nacionalizadas, los empleados obtendrán las compensaciones comprometidas, etc.) Para saber si un país se encuentra preparado para la reforma debe cumplir con las tres condiciones señaladas precedentemente. En caso de no presentarse ellas, las posibilidades que las reformas sean exitosas resultan limitadas. Ver, así, The World Bank, "Bureaucrats in business. The economics and politics of government ownership", Oxford University Press, New York, 1995, págs. 10/14. Si bien el panorama mencionado ha resultado visible en la mayor parte de los países de la región ha habido, por cierto, excepciones. La mas relevante de ellas es el caso de Chile, país en el que las reformas mas relevantes fueron realizadas durante el gobierno militar. Probablemente como consecuencia del éxito obtenido en esas reformas y el desarrollo económico excepcional observado en Chile es que quienes participaron de dicho gobierno cuentan todavía con el apoyo de un importante sector de la sociedad, inusual en otros países de la región con gobiernos militares durante ese período.

<sup>4</sup> El gasto público no es, por cierto, un problema exclusivo de estas latitudes. Se ha señalado así, en los Estados Unidos, que el gasto público total de ese país como fracción del PBI creció del 7% en el año 1900 a alrededor del 40% en 1990. Asimismo, las compras del gobierno se incrementaron del 5% en 1900 a casi el 20% en 1990 como consecuencia de la expansión del Estado. Ver, al respecto, Goldin, Claudia y Libecap, Gary D., "The regulated economy. A historical approach to political economy", National Bureau of Economics Research, The University of Chicago Press, Chicago, 1994, pág. 2.

privado -mediante los mecanismos de venta de acciones, otorgamiento de licencias o concesiones<sup>5</sup> - de diversas actividades anteriormente prestadas en forma directa por el Estado<sup>6</sup>.

Como consecuencia de diversos fenómenos -entre los que cabe mencionar particularmente la liquidez existente en los mercados internacionales durante ese período, el interés de los inversores en ingresar a nuevos mercados emergentes, la creciente interconexión de las economías como consecuencia de la globalización y el atractivo de los negocios en la región bajo este nuevo marco - América Latina atravesó un período de fuerte crecimiento económico, superior en 2 puntos anuales adicionales del PBI al promedio durante el período 1990/1995.<sup>7</sup>

Este proceso de crecimiento en economías más abiertas e interdependientes se vio sensiblemente afectado por fenómenos puntuales. Así las crisis mexicana y brasileña afectaron sustancialmente a la Argentina; la asiática particularmente a Chile. Como consecuencia de ello, el desarrollo uniforme de los distintos países se vio parcialmente sesgado por problemas y políticas locales diferenciadas.

Este panorama, unido a las presiones internas a favor de políticas proteccionistas -potenciadas por la crítica situación de ciertos sectores industriales, el creciente desempleo y el fuerte impacto que la creciente interdependencia produce en los mercados internos<sup>8</sup>- ha afectado sensiblemente a procesos de integración como el Mercosur dando lugar a crecientes conflictos que minan inútilmente la confianza entre los socios y generan dudas innecesarias respecto a la conveniencia de la integración.

El fuerte crecimiento observado en los primeros cinco años de la década de los '90 en diversos países de la región -a un promedio cercano al 4.5% del PBI- se ha reducido sustancialmente, presentándose en la actualidad un panorama particularmente complejo ante un nivel decreciente de la inversión extranjera, mercados financieros particularmente volátiles y un claro redireccionamiento de las inversiones hacia los Estados Unidos -de crecimiento económico sostenido en los últimos años- Europa y, en menor medida, Japón.

El incremento en los índices de desempleo, la recesión económica y la sensación que las diferencias entre los distintos sectores sociales se han incrementado en los últimos años han llevado a algunos a sostener que las reformas orientadas hacia la economía de mercado han resultada erradas.

---

<sup>5</sup> Al respecto ver, en la Argentina, FIEL, "La regulación de la competencia y de los servicios públicos", Buenos Aires, 1999.

<sup>6</sup> Ver, en igual sentido, Fernández Arias, Eduardo y Montiel, Peter, "Reform and Growth in Latin America: All pain, no gain?", Banco Interamericano de Desarrollo, papel de trabajo n° 351, Washington D.C., 1997, pág. 2.

<sup>7</sup> Otro estudio del Banco Interamericano de Desarrollo ha arribado a la conclusión que mientras el índice de crecimiento en los 3 años previos a la reforma alcanzaba un promedio de 0,8%, en los 3 años posteriores tal índice alcanzó el 3% en los dos primeros años y el 3,7% en el tercer año. Ver Lora, Eduardo y Barrera, Felipe, "A decade of structural reform in Latin America: growth, productivity and investment are not what they used to be", Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., pág. 2.

<sup>8</sup> En este supuesto se inserta claramente el resultado de la devaluación brasileña, generadora involuntaria de una fuerte recesión económica en la Argentina como consecuencia de su efecto devastador sobre las exportaciones y las inversiones radicadas en el país con miras al Mercosur.

Frente a esa percepción, la disyuntiva central que se presenta en la región es aquella entre el retorno a viejos sistemas<sup>9</sup> o profundizar las reformas realizadas<sup>10</sup>. Desde esta última perspectiva, un interesante estudio realizado hace tres años por el Banco Interamericano de Desarrollo<sup>11</sup> arribó a la conclusión de que medidas tales como la reducción del gasto público, la apertura comercial, la reestructuración de los sistemas financieros y la unificación de los tipos de cambio han tenido un efecto decisivo en el crecimiento de los países de la región, debiéndose las fuertes diferencias todavía subsistentes con otras regiones como la asiática a la aplicación parcial e incompleta de las reformas propuestas.

Se compartan o no estas conclusiones, cualquier decisión que se adopte en relación a la elección de un nuevo rumbo o la ratificación del adoptado exige realizar un balance técnico, serio y desapasionado sobre los resultados hasta el momento alcanzados. Las reflexiones vertidas en esta ocasión persiguen, justamente, colaborar aunque mas no sea parcialmente en dicho análisis.

## II. La regulación económica y los llamados "costos regulatorios".

La regulación económica ha sido objeto de encendidas discusiones durante décadas.<sup>12</sup> Mientras algunos sectores tradicionales la han criticado por considerar que ella importa una intromisión de ingeniería social estatal designada a cargar sobre el sector privado deberes políticamente indefinidos e importantes costos de ejecución (los llamados *costos regulatorios*), otros la han vinculado –desde la perspectiva opuesta– más con la utilización positiva de la autoridad pública para que los sectores empresa-

<sup>9</sup> En tal esquema se podrían inscribir, por ejemplo, ciertas propuestas de volver a instaurar un sistema jubilatorio de reparto como el eliminado tras la reestructuración del sistema previsional en la Argentina.

<sup>10</sup> Apoyando esta tesis se ha afirmado que de no haberse efectuado las reformas estructurales antes mencionadas el ingreso per cápita en América Latina hubiera resultado un 12% inferior y el crecimiento promedio anual del PBI en los países de la región sólo habría alcanzado el 1,9% anual en lugar del 4,5 % obtenido en los primeros cinco años de la década del '90. Asimismo, la tasa de inversión se habría mantenido por debajo del 17% del PBI. Cfr. Lora y Barrera, "A decade of structural reform in Latin America: growth, productivity and investment are not what they used to be", ob. cit., pág. 1.

<sup>11</sup> Fernández Arias y Montiel, "Reforming Growth in Latin America: All pain, no gain?", ob. cit., pág. 5.

<sup>12</sup> En este sentido, particular relevancia ha tenido en el desarrollo del análisis regulatorio la aparición de nuevas escuelas como la denominada de *Law and Economics*. La interrelación entre el derecho y la economía de ningún modo constituye un fenómeno nuevo. Durante décadas, los hechos económicos han sido considerados relevantes en materias tales como la impositiva, la societaria, la regulación de los servicios públicos y de la competencia. Sin embargo, hasta principios de los '60 -en que apareció la controvertida escuela de *Law and Economics* como consecuencia de conocidos artículos de Guido Calabresi sobre responsabilidad extracontractual ("Some thoughts on risk, distribution and the law of tort", 70 Yale L.J. 499 (1961)) y de Ronald Coase sobre costo social ("The problem of social cost", 3 J. Law and Econ. 1 (1960))- el análisis jurídico del derecho se limitaba a explicar la conducta de los mercados económicos explícitos. A partir de esa fecha, la aplicación de la economía se introdujo en los sistemas jurídicos en campos tales como la responsabilidad contractual o extracontractual, el procedimiento civil administrativo criminal, el derecho constitucional, el derecho de familia, el derecho de la navegación y la filosofía jurídica. Cfr. Posner, Richard A. "Economic analysis of law", 5ta. edición, Aspen Law and Business, New York, 1998, pág. 25. Por otro lado, a partir de los conocidos trabajos de Gary Becker examinando desde la perspectiva de la economía materias típicamente jurídicas como el crimen, la discriminación racial, el matrimonio o el divorcio, el enfoque mencionado encontró una importante complementación. Ver, así, Becker, Gary S., "The economy approach to human behavior", 1976 y "Treaties on the family", 1991.

rios asuman ciertos deberes y responsabilidades en materias tales como accidentes de trabajo, contaminación o defensa del consumidor<sup>13</sup>.

Utilizada tanto para incentivar y proteger la libertad comercial e industrial como para limitar su alcance y contenido<sup>14</sup>, la justificación más relevante de la regulación económica en sistemas como el norteamericano –en donde el Estado se ha abstenido de participar en la propiedad de las empresas prestadoras de servicios (*public utilities*)<sup>15</sup>– ha sido la existencia de monopolios naturales<sup>16</sup>.

Por el contrario, en aquellos supuestos como el británico en donde la regulación estatal se ha desarrollado en plenitud conjuntamente con la transferencia de los servicios públicos al sector privado, se ha considerado que ella es una respuesta a las fallas de los mercados, la ausencia de competencia, ciertas externalidades y la asimetría informativa.<sup>17</sup>

Si bien diversas han sido las razones tradicionalmente utilizadas para explicar la regulación<sup>18</sup>, la experiencia indica que –en la mayor parte de los supuestos– ella no responde a un sólo factor, creencia o

---

<sup>13</sup> Eisner, Marc Allen, Worsham, Jeff y Ringquist, Evan J., "Contemporary regulatory policy", Lynne Rienner Publishers, Boulder, 2000, pág. 3.

<sup>14</sup> Veljanovski, C., "Selling the State. Privatization in Britain", Weidenfeld and Nicholson, Londres, 1987, pág. 144.

<sup>15</sup> En Gran Bretaña se consideran como rasgos característicos de las *public utilities* los siguientes: (i) suministran servicios cuya regularidad, constancia y calidad son esenciales, antes que bienes; (ii) precisan constantemente de la infraestructura para asegurar la continuidad y regularidad del servicio de difícil e innecesaria duplicación; (iii) su demanda es estable y difícilmente podrá el consumidor optar entre prestaciones iguales; (iv) por las características antes mencionadas la prestación eficiente de estos servicios tiene lugar en general en situaciones monopólicas; y (v) dada esa calidad de monopolio, las *public utilities* deben en general someterse a la regulación a fin de evitar cualquier situación de abuso de posición dominante. Cfr. Sleeman, J. F., "British Public Utilities", Isaac Pitman and Sons Ltd., Londres, 1953, págs. 8 y sgtes.

<sup>16</sup> Basados en argumentos tales como la reducción de la producción en la industria monopólica a fin de incrementar precios, el incremento de precios por encima de los propios de los mercados regulados, la concentración de poder económico en un número reducido de empresas por cuestiones vinculadas con la ineficiencia empresarial, la ausencia de un reflejo adecuado del costo que produce a la sociedad la producción de algunos bienes, la inexistencia de información suficiente para evaluar los productos, la ausencia de un poder serio de discusión por parte de los usuarios, etc. Ver, al respecto, en los Estados Unidos, Breyer, Stephen, "Regulation and its reform", Harvard University Press, 6ta. Reimpresión, Cambridge, 1994, pág. 15 y sgtes.

<sup>17</sup> Se ha señalado, así, que la regulación resulta necesaria en la relación entre el mercado y la competencia cuando esta última no resulta posible o aparecen dificultades que impiden que ella sea efectiva como acontece en el monopolio natural. En el caso de las externalidades, la regulación se justifica cuando el bienestar de un operador económico es afectado en forma directa por las actividades de otros, como acontece con los supuestos de contaminación. Finalmente, la última deficiencia que fomenta la regulación son los problemas de información. Si bien en teoría el mercado es aquel en el cual todos los operadores disponen de suficientes datos para contratar libremente, en la práctica esa libertad se ve limitada por la falta de información adecuada. Ver, al respecto, Villar Rojas, Francisco José, "Privatización de servicios públicos", Tecnos, Madrid, 1993, págs. 146 y sgtes., quien señala que se produce un monopolio natural en una industria cuando debido a las economías de escala –o las economías de alcance– es menos costoso para una empresa producir un producto en un mercado definido que para dos o más compañías, por lo que solo una sobrevivirá. Básicamente, esta situación tiene lugar cuando la actividad económica depende para su normal desenvolvimiento de una compleja y costosa infraestructura que limita las posibilidades de acceso de otras empresas en el mercado y que, de existir competencia, implicaría la infrautilización de los recursos.

<sup>18</sup> Se ha dicho así que (i) las regulaciones son políticas públicas designadas a alcanzar el interés público; (ii) las regulaciones constituyen esfuerzos para prevenir o compensar fallas del mercado; (iii) las regulaciones son producto de demandas de la industria para transferir riqueza; (iv) las regulaciones son producto de entes capturados por industrias reguladas y (v) las regulaciones son el producto de la competencia entre economías regionales. Cfr. Eisner, Worsham y Ringquist, "Contemporary regulatory policy", ob. cit., págs. 5/6. Diversas han sido las definiciones de regulación. Se ha señalado así en Gran Bretaña

fundamento.<sup>19</sup> A pesar de ello, podría señalarse que -tal como ha acontecido en Gran Bretaña<sup>20</sup>- la regulación en materia de servicios públicos se ha dirigido en general en nuestra región a cinco objetivos básicos: (i) proteger los intereses públicos y privados que pudieran resultar afectados por el establecimiento de servicios en régimen de monopolio; (ii) imponer obligaciones en materia de seguridad y calidad de las instalaciones; (iii) asegurar la atención de toda demanda razonable de servicios y fijar un standard de calidad; (iv) controlar los precios y tarifas; y (v) conferir potestades de inspección y supervisión al Estado para garantizar el cumplimiento de las condiciones anteriores.

No cabe duda que en numerosos supuestos la regulación no ha resultado precisa. Por el contrario, en ocasiones el exceso regulatorio y la ausencia de coherencia en su diseño y aplicación ha incrementado aún más los problemas cuya solución perseguía.

Entre las principales críticas formuladas a la regulación se destacan aquellas vinculadas con (i) los enormes costos de la regulación tanto en relación a los gastos directos que involucra para el Estado como los costos indirectos que produce en la economía ante las exigencias impuestas al sector privado involucrado para cumplir con ellas; (ii) el escaso rédito obtenido como consecuencia de tales costos, traducido en una reducción en el crecimiento económico de las industrias reguladas; (iii) la lentitud y características burocráticas de los procedimientos regulatorios<sup>21</sup>; (iv) la ausencia de legitimación democrática de los procesos regulatorios por ser ellos desarrollados por funcionarios con un enorme poder, designados en forma directa y no elegidos por la ciudadanía y (v) el carácter imprevisible de los procesos regulatorios y de sus efectos.<sup>22</sup> En el caso específico de los servicios públicos se

---

que ella constituye "toda actividad del Gobierno o de los organismos dependientes de él, encaminada e influida en los comportamientos mediante la implantación de normas que orienten o restrinjan las decisiones económicas". cfr. Yarrow, G., "Privatization in Theory and Practice", 2 Economic Policy, 1985, pág. 345.

<sup>19</sup> Las múltiples causas que motivan la intervención estatal en materia reguladora han llevado a sostener que "el único criterio para explicar la regulación de una actividad o servicio es la voluntad política, expresada por los Parlamentos, envuelta bajo el manto del interés público. En unas ocasiones, esa voluntad estará determinada por preocupaciones económicas; en otras, por la agitación social, que mueve el poder público ofrecer bien seguridad o bien prestaciones básicas, que amortigüen dicha agitación. En fin, la cobertura explicativa adquirirá tintes más economicistas o sociológicos según la experiencia histórica, la cultura y la disponibilidad de recursos en cada país". Cfr. Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos", ob. cit., pág. 150, con cita de Hancher y Moran.

<sup>20</sup> Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos", ob. cit., pág. 143 y sgtes.

<sup>21</sup> Como ejemplo de ellos, se ha destacado en los Estados Unidos los diez años que tardó la *Food and Drug Administration* (Administración de Drogas y Alimentos) para fijar los patrones correspondientes al porcentaje de maní que debía contener la manteca de maní. Ver, así, Breyer, "Regulation and its reform", ob. cit., pág. 2, quien también señala los siete años utilizados en fijar los patrones que debían cumplir los frenos de automotores.

<sup>22</sup> Breyer, "Regulation and its reform", ob. cit., pág. 3, quien señala que "el proceso puede ser utilizado por un competidor para perjudicar a otro. Los productores de carbón del oeste, por ejemplo, pueden fomentar la adopción de reglas que dificulten a las empresas quemar carbón con alto contenido de sulfuro proveniente del este, mientras que los productores del este pueden fomentar la adopción de normas tendientes a restringir la utilización del carbón del oeste. Dado el alto componente técnico de los sujetos y las habilidades de las empresas para contratar excelente asesoramiento legal resulta sumamente dificultoso para los entes separar el interés público del interés privado de las partes. Asimismo, la complejidad de las materias regulatorias tornan imposible que los reguladores puedan considerar todos los factores relevantes o predecir todos sus efectos". Desde una óptica similar, prestigiosos autores como Posner ("Economic analysis of law", ob. cit., pág. 397) han señalado al referirse al requerimiento de mayor regulación en algunos sectores que "probablemente las regulaciones son productos, como muchos otros productos con la excepción del que es suministrado por el gobierno, que es requerido y suministrado a grupos políticos efectivos. Bajo esta visión no existe la presunción de que la regulación siempre es diseñada para proteger el interés general de los consumidores en el suministro eficiente de servicios regulados. Consu-

ha señalado además (i) la ineficacia de la regulación para generar competencia; (ii) el riesgo permanente que las autoridades administrativas reguladoras caigan en la órbita de las economías reguladas, confundiendo el bien público con los intereses empresariales (la conocida *captura del regulador*) y (iii) la subsistencia de dificultades relevantes para obtener información fiable sobre la marcha de las empresas y el funcionamiento de los mercados, defecto que perjudica la labor de los entes reguladores<sup>23</sup>.

Tal como ha ocurrido con la regulación, la desregulación ha sido objeto de apreciaciones de diversa naturaleza. En tal sentido, si bien se ha pretendido en ocasiones ver a la desregulación como la cura de todos los problemas económicos, la visión predominante en la actualidad es que únicamente constituye otro instrumento de técnica regulatoria, de mayor utilidad en algunos casos<sup>24</sup> que en otros.

### III. La regulación económica de los servicios públicos

Como es sabido, la regulación económica de los servicios públicos creció enormemente desde el año 1887 en que el Congreso de los Estados Unidos decidió intervenir en la regulación de los ferrocarriles y creó el primer ente regulador: la Comisión de Comercio Interestadual (*Interstate Commerce Commission* ó ICC)<sup>25</sup> como consecuencia de una decisión de la Suprema Corte que, al declarar inválida<sup>26</sup> cierta regulación estadual en materia ferroviaria, obligó a llenar el vacío con legislación federal<sup>27</sup>.

midores particulares pueden demandar una estructura tarifaria que, ineficiente en definitiva, les otorgue beneficios mayores que los costos que imponen a ellos en común con otros consumidores. Miembros de una industria competitiva se pueden beneficiar de la imposición de controles a un servicio en la medida en que la regulación de precios mínimos le otorgue mayor seguridad y los controles de ingreso puedan eliminar una de sus principales amenazas: el ingreso de nuevos vendedores atraídos por la expectativa de ingresos del monopolio. La coalición entre grupos de consumidores con intereses especiales y los miembros de una industria pueden ser particularmente efectivas en la manipulación del proceso regulatorio"

<sup>23</sup> Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos", ob. cit., pág. 152.

<sup>24</sup> Dentro de los supuestos de mayor utilidad se han destacado, en los Estados Unidos, a la desregulación del mercado de larga distancia telefónico ocurrida en la década de los '70 o la desregulación en el mercado aéreo producida en la década siguiente. En igual sentido se ha considerado que la desregulación asume particular importancia como remedio a externalidades negativas.

<sup>25</sup> *Interstate Commerce Act* de 1887, 24 Stat. 377.

<sup>26</sup> El origen de la regulación económica ha dado lugar a interesantes controversias. Si bien se ha sostenido durante décadas, por ejemplo, que los primeros supuestos de regulación -como la que derivó con la sanción en los Estados Unidos de la *Interstate Commerce Act* de 1887 en materia ferroviaria- tuvieron por objeto neutralizar ciertos poderes monopólicos, importantes economistas han intentado explicar el origen de la regulación económica en la habilidad de los intereses organizados de influir en las políticas públicas en su beneficio. De ese modo han señalado que en la medida en que los intereses se organizan se tornan más influyentes. El verdadero poder económico total de un grupo en la determinación de las políticas se relaciona con el grado de adhesión que puede alcanzar a favor de sus políticas preferenciales. Mayores ganancias incrementan los recursos disponibles para el grupo para influir en los funcionarios, para informar a los miembros y otros ciudadanos y para inducir a éstos a votar en favor de los intereses del grupo. De ese modo, su aporte para una política medida en votos en una elección popular o legislativa se relaciona con la magnitud del interés del grupo en el resultado de la elección. Ver, al respecto, así como a los antecedentes de los primeros casos de desregulación económica en los Estados Unidos, Kanazawa, Mark T. y Noll, Roger G., "The origins of State railroad regulation: The Illinois Constitution of 1870", en "The regulated economy. A historical approach to political economy", National Bureau of Economic Research, the University of Chicago Press, Chicago, 1994, pág. 23.

<sup>27</sup> La norma original fue complementada mediante la sanción de la Hepburn Act de 1906 que otorgó a la ICC competencia para fijar precios máximos. La ICC fue el primer ente federal norteamericano en asumir el rol de ente regulador independiente. Estos entes son en general encabezados por un directorio de 5 o 7 miembros en los cuales cada uno de los partidos

Mas allá de los efectos comunes producidos por la crisis económica del '29, cada país siguió un modelo particular en materia de regulación económica de los servicios públicos. Mientras los Estados Unidos plasmaron la intervención estatal en la regulación mediante un creciente desarrollo de los entes y marcos reguladores<sup>28</sup> e incrementaron la aplicación de la legislación antimonopólica<sup>29</sup>, la mayor parte de los países europeos y latinoamericanos tomaron a su cargo la gestión de los servicios públicos, nacionalizando las empresas prestadoras de servicios o declamando la propiedad estatal originaria de los mismos<sup>30</sup>.

---

principales no puede tener más que una simple mayoría. Si bien el Poder Ejecutivo designa a los integrantes del directorio carece de mayores competencias como consecuencia de limitaciones para remover, designar a los funcionarios y esfuerzos del Congreso para proteger la independencia del ente. Ver, al respecto, Eisner, Worsham y Ringquist, "Contemporary regulatory policy", ob. cit., pág. 36.

<sup>28</sup> Si bien la FTC y la ICC fueron los entes de mayor envergadura, el Congreso sancionó en 1906 la *Pure Food and Drug Act* creando la OSDA, oficina que culminó finalmente en la actual *Food and Drug Administration* (FDA). En 1913 se creó la *Federal Reserve* (Reserva Federal) destinada a regular el sistema financiero y a establecer requisitos en materia de reservas y actuar como prestamista el último recurso para los bancos y como consecuencia de la crisis del '29 se crearon en 1934 la *Securities & Exchange Commission* (SEC) y la *Federal Communications Commission* (FCC), al año siguiente el *National Labour Relation Board* (NLRB) para regular las relaciones industriales garantizando el derecho de los trabajadores a organizarse en sindicatos y a partir de 1938 el *Civil Aeronautics Board*. En las décadas de los '60 y '70 el progreso económico y las ideas predominantes llevaron a la introducción de la regulación social y la creación de nuevos entes como la *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA), la *Environmental Protection Agency* (EPA) y la *Consumer Products Safety Commission* (CPSC).

<sup>29</sup> En 1890 el Congreso norteamericano sancionó la conocida *Sherman Antitrust Act* o ley antimonopólica estableciendo las primeras normas federales en la materia. Descontento con su escasa aplicación práctica, el Congreso sancionó en 1914 la *Clayton Antitrust Act* en la que identificó prácticas específicas que se consideraban monopólicas. Durante el mismo año, se sancionó la *Federal Trade Commission Act* creando un nuevo ente independiente, la *Federal Trade Commission* con responsabilidad primaria en la materia.

<sup>30</sup> Distintos han sido los objetivos perseguidos por las nacionalizaciones. A tal efecto, se han señalado entre sus finalidades (i) la transformación del orden económico y social; (ii) el control de servicios esenciales y sectores económicos claves; (iii) la afirmación de la soberanía nacional y del orden constitutivo; (iv) la instrumentación de la política económica; (v) reforzar los ingresos del Estado y (vi) responder a los fracasos de la iniciativa privada. Cfr. Martín Mateo, Ramón, "Ordenación del sector público en España", Civitas, Madrid, 1973, págs. 94 y sgtes. Si bien infrecuente, esta posibilidad ha sido objeto de análisis también en los Estados Unidos. Señala así Breyer ("Regulation and its reform", ob.cit., pág. 182) que a partir de la década del '20 y del '30 los economistas del llamado "Estado del bienestar" pretendieron demostrar que la nacionalización de una industria no resultaba necesariamente distorsiva de un sistema de libre empresa en la medida en que no importaba necesariamente una alocaión incorrecta de recursos ya que el gobierno podía instruir a quienes ejercían funciones directivas en tales empresas fijar precios idénticos a los costos marginales. Economistas franceses e ingleses produjeron detallados patrones en materia de precios a fin de permitir que las compañías eléctricas de propiedad estatal implementen sistemas de costos marginales. No cabe duda, sin embargo, que en la mayor parte de los supuestos la propiedad estatal de los bienes ha reflejado criterios predominantemente políticos en lugar de empresariales. En algunos países se ha afirmado, inclusive, que la propiedad estatal de las empresas importa en algunos supuestos menores controles y exención de reglas y regulaciones de claro interés público. "Si una empresa estatal fuera liberada de regulación ambiental como consecuencia de la propiedad estatal, el resultado sería mayor contaminación. Las empresas estatales pueden también encontrar mayor facilidad para excluir competencia.... el caso más extremo es el de Pertamina la empresa petrolera estatal de Indonesia, que llegó a ser por sí misma un pequeño estado con su propio ejército". A pesar de reconocer lo atractivo que resultaría el poder equiparar el precio al costo marginal prestigiosos autores han destacado, sin embargo, las dificultades presentes ante la ausencia de un incentivo de ganancia. Señalaba así Richard A. Posner hace ya más de 30 años en su conocido trabajo "Natural monopoly and its regulation" (edición correspondiente al 30 aniversario, Cato Institute, Washington D.C., 1999, pág. 107) que "esas instituciones, por supuesto, no son operadas por el principio de la ganancia - entes gubernamentales y universidades por ejemplo-. Sin embargo, como la Unión Soviética ha permitido asumir tácita-

Este fenómeno -desarrollado fuertemente tanto por razones ideológicas como de otra naturaleza<sup>31</sup>- comenzó a vislumbrarse en la segunda década del siglo XX<sup>32</sup>, aún cuando se extendió particularmente durante la década de los ´40.

Basta recordar –en el caso británico- que a partir de la *Bank of England Act* de 1946 que dispuso la nacionalización del Banco de Inglaterra se transfirieron al sector público la industrias carbonífera, eléctrica y de gas, los transportes ferroviarios y fluviales, etc. Con la excepción del suministro de agua potable -nacionalizado en 1973- la totalidad de los servicios públicos esenciales pasó así en Gran Bretaña a manos del Estado<sup>33</sup>.

---

mente, nadie ha descubierto todavía un sustituto adecuado para las ganancias como el motor de la eficiencia industrial en una economía avanzada".

<sup>31</sup> No sólo las ideologías fascista y nacional socialista influyeron decisivamente en este proceso durante las décadas del 30 y 40 sino también las concepciones socialistas. En tal sentido, el proceso de nacionalizaciones británico resultó claramente impulsado por el gobierno laborista de Attlee entre los años 1946 y 1951, concluyendo dicho proceso en la década del ´70 con la nacionalización del suministro de agua potable mediante la *Water Act* de 1973 y la nacionalización de las industrias naval y aeronáutica por la *Aircraft and Ship Builder Act* de 1977. Desarrollada como un instrumento de servicio de la planificación económica, la nacionalización ha reconocido causas diversas. En el supuesto de Gran Bretaña se han apuntado entre ellas a la deficiente organización empresarial y el atraso técnico de los servicios e industrias británicos; la demanda por la sociedad de seguridad y bienestar; la influencia ideológica de obras como la Teoría General del Empleo, Interés y Moneda de Keynes y el reporte Beveridge en seguridad social y servicios de 1942 así como la necesidad de la planificar la actividad económica. Ver, así, Villar Rojas "Privatización de servicios públicos", ob. cit., pág. 58 y sgtes.

<sup>32</sup> Cabe recordar, en tal sentido, que en el período anterior a 1917 ya fueron nacionalizados los ferrocarriles en Bélgica, Alemania y Rusia y entre 1917 y 1939 se ampliaron las nacionalizaciones en la Unión Soviética y México. Al respecto, ver Katarov, K., "Teoría de la nacionalización", Instituto de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, págs. 166 y sgtes.

<sup>33</sup> Señala en tal sentido, Villar Rojas ("Privatización de servicios públicos", ob. cit. pág. 53) que el mismo año la *Coal Nationalization Act* estatizó toda la industria carbonífera y constituyó el *National Coal Board*, corporación pública encargada de la extracción y elaboración del carbón en Gran Bretaña. También en 1946, la *Civil Aviation Act* constituyó compañías aéreas con derechos exclusivos sobre todos los vuelos regulares nacionales e internacionales y en 1947 la *Transport Act* nacionalizó los transportes ferroviarios y fluviales, imponiendo a la *British Transport Commission* -entidad encargada de la gestión de ambos servicios- la obligación de adquirir las empresas de transporte pesado por carretera de larga distancia y la coordinación del transporte privado de pasajeros realizado por ferrocarril y carretera. Durante ese año, la *Electricity Act* completó la estatización de la energía eléctrica, añadiendo a la red de alta tensión las empresas encargadas de la producción y distribución de electricidad. Todas las compañías pasaron a ser de propiedad estatal y fueron organizadas bajo el principio de separación entre la producción y la distribución. Por una parte, la *British Electricity Authority* responsable de la generación de electricidad y, por otra, dos empresas públicas de ámbito regional, los *Area Electricity Boards*, encargadas de su distribución. La totalidad de las empresas de gas fueron también estatizadas por la *Gas Act* de 1948, encargándose de la producción y el suministro de las empresas públicas los *Area Gas Boards* bajo la supervisión del *British Council*. Por último, la *Iron and Steel Act* de 1949 instrumentó la nacionalización de la industria del hierro y del acero. En resumen, a partir de los años 50, entre las actividades económicas estatizadas se encontraban servicios públicos esenciales para la comunidad como el suministro del gas, la electricidad, los transportes aéreo y ferroviario y las telecomunicaciones (correos y teléfonos) y empresas básicas para la actividad económica, tales como el carbón y el acero". El programa de nacionalizaciones británico fue complementado por otras medidas propias del Estado de Bienestar. Entre ellas se destacan la reforma y gratuidad de la enseñanza secundaria introducida por la *Education Act* de 1944; la regulación de la ayuda a la familia introducida por la *Family Allowances Act* de 1946; la drástica reconstrucción de la seguridad social por medio de las *National Insurance Act* de 1946 y *National Assistance Act* de 1948; la universalización de la sanidad por la *National Health Service Act* de 1946; la reforma de la atención a los menores por la *Children Act* de 1948 y la expansión de las viviendas sociales por la *Housing Act* de 1948 y la *Town and Country Planning Act* de 1947.

Los procesos de nacionalización derivaron en la utilización de diversas figuras jurídicas. Mientras que en sistemas como el británico, la gestión de los servicios quedó a cargo de un esquema tripartito (departamento ministerial, sociedad por acciones y *public corporations*), en otros países como la Argentina, el Estado recurrió para canalizarlas tanto a formas típicas de derecho público, como figuras mixtas y otras propias del derecho privado<sup>34</sup>.

Por causas diversas, la gestión estatal de los servicios públicos fue objeto de crecientes críticas tanto en Europa como en América Latina<sup>35</sup>. Así, al tiempo que los crecientes costos de la regulación generaban en los Estados Unidos los primeros esfuerzos destinados a su flexibilización, en otros países se desarrollaban movimientos tendientes a revisar el esquema de prestación estatal de los servicios públicos.

En este aspecto, las reformas introducidas en Gran Bretaña a partir del gobierno de Thatcher resultaron particularmente significativas<sup>36</sup>. Comparable únicamente con lo ocurrido en algunos países de América Latina, el programa de privatización británico resultó sin lugar a dudas el de mayor alcance entre los países industrializados.

Con objetivos diversos<sup>37</sup> Gran Bretaña inició un importante proceso de privatización<sup>38</sup> que culminó en la transferencia al sector privado de los sectores de telecomunicaciones, gas, electricidad,

---

<sup>34</sup> En tal sentido, a figuras propias del derecho público como la de los entes autárquicos se sumaron otras como las empresas del Estado creadas por la ley n° 13.653; las sociedades de economía mixta creadas por el decreto n° 15.349/46, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria reguladas en la ley 19.550 o las sociedades del Estado establecidas por la ley 20.705 y regidas sustancialmente por el derecho comercial.

<sup>35</sup> Respecto a lo ocurrido en Gran Bretaña, ver la excelente descripción de Villar Rojas ("Privatización de servicios públicos", ob. cit., págs. 78 y sgtes.) quien destaca entre ellas a la expansión del sector público, la crisis financiera de las entidades locales que derivó en la *Local Government Act* de 1972 y los diversos informes respecto de las industrias nacionalizadas y el desarrollo económico a partir de la década del 60.

<sup>36</sup> La política inicial fue diseñada con anterioridad a acceder los conservadores al poder en el informe Ritley de 1978, proponiendo la eliminación de algunos monopolios y la privatización de otras empresas. En los primeros dos años de gobierno, los conservadores se centraron en la reducción de la deuda pública y tras la huelga de mineros de 1981 y un informe nunca publicado -preparado por el *Central Policy Review Staff*- se iniciaron los procesos de reforma mencionados en el texto.

<sup>37</sup> Entre ellos se destacaron (i) reducir el intervencionismo estatal en las decisiones de las empresas públicas; (ii) reducir la deuda pública; (iii) transformar o incrementar la competitividad de las empresas y fomentar la concurrencia; (iv) extender el accionariado popular; (v) debilitar a instituciones intermedias como los sindicatos; (vi) sustituir la titularidad pública por la regulación de las actividades económicas y limitar y controlar las actividades de las entidades locales. Ver, así, Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos", ob. cit., pág. 110 y sgtes. Si bien en algunos países los procesos de privatización fueron utilizados para debilitar el poder de los sindicatos (como ocurrió en Gran Bretaña donde ellos se han encontrado tradicionalmente alineados con la oposición laborista), en otros casos tales procesos no se habrían podido producir de no haberse contado con el acuerdo expreso o implícito de los gremios. Así ha ocurrido, por ejemplo, en la Argentina donde en numerosos supuestos las privatizaciones y concesiones fueron realizadas con la anuencia de los sindicatos mediante la implementación de Programas de Retiro Voluntario (PRV) y Programas de Propiedad Participada (PPP), destinados en el primer caso a indemnizar a quienes abandonaban las empresas estatales como consecuencia de la privatización y en el segundo supuesto a quienes, por el contrario, permanecían en ellas mediante la atribución de un paquete accionario sindicado durante el término establecido para su pago por parte de los trabajadores.

<sup>38</sup> Bajo este término general se incluyen diversas técnicas. Se destacan entre ellas (Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos" ob. cit. pág. 101 y sgtes.) "a) la *desnacionalización*, entendida como la venta de bienes y empresas públicas, de

agua potable, actividades portuaria y aeroportuaria y significó ingresos por varias decenas de miles de millones de libras esterlinas<sup>39</sup>, sin contar la reciente licitación de frecuencias en materia de telecomunicaciones.

Influida indudablemente por la experiencia británica de privatizaciones y, en menor medida, por el proceso norteamericano de desregulación, la región atravesó en los últimos años un proceso de cambio significativo.

Desde el punto de vista conceptual, las modificaciones producidas -similares a algunas acaecidas en el viejo continente como consecuencia de decisiones de la Comisión Europea en sectores hasta ahora considerados típicamente propios de los servicios públicos como la telefonía, el transporte aéreo, los abastecimientos de agua, electricidad y gas o el correo- han llevado a un serio replanteo y discusión del hasta hace escasos años mítico concepto de servicio público<sup>40</sup> a punto tal que su elemento central -el dominio o titularidad estatal del servicio que caracterizaba a la *publicatio*- ha perdido su relevancia tradicional<sup>41</sup>.

Desde esa perspectiva, el acto de declaración de una actividad o sector como público -la *publicatio* referida por Villar Palasi-, su incorporación en el quehacer del Estado y consecuente exclusión

las que sirven de ejemplo la venta de *British Petroleum* y las viviendas locales a sus arrendatarios, b) la *contratación de servicios y actividades* antes gestionados directamente, como el servicio municipal de recogida de basura o el servicio de *catering* de los hospitales; c) la *desregulación o liberalización* que supone la reducción del intervencionismo en las actividades económicas privadas y, en especial, la ruptura y desaparición de los monopolios, basten ahora como ejemplo la liberalización del transporte por carretera y la desaparición del monopolio de *British Gas* sobre la producción y el suministro industrial de gas; y d) la *sustitución de impuestos por precios y tarifas* a cargo de los consumidores y usuarios, como modo de financiación de los servicios públicos".

<sup>39</sup> Entre 1981 y 1984 se transfirieron al sector privado empresas relativamente pequeñas que actuaban en sectores en competencia. Se transfirieron así *British Aerospace*, *Amersham International*, *Britoil*, *British Rail Hotels*, *National Freight*, *Cable and Wireless*, *Sealink Ferries*, *Jaguar*, etc. Más allá de su importancia política, el ingreso obtenido como consecuencia de estas privatizaciones no superó los quinientos millones de libras anuales. A partir de 1984, comenzó una de las etapas centrales del proceso de privatización británico a partir de la venta de *British Telecom*, como consecuencia de la *Telecommunications Act* de 1984. Esta operación significó no solo la privatización de una de las principales empresas estatales sino, además, la mayor venta de acciones y el inicio de un proceso de relevancia seguido por la venta de *British Gas* mediante la *Gas Act* de 1986, la transferencia de *British Airports Authority*, *British Airways*, *Rolls Royce*, *Leyland Bus*, *Leyland Trucks* y *Unipart* como operaciones que permitieron obtener ingresos cercanos a los cinco mil millones de libras durante el año 1987. Tras algunos inconveniente a partir del intento de vender *British Petroleum*, en octubre de 1987 se procedió a la privatización del servicio de electricidad por la *Electricity Act* de 1989, la del suministro del agua mediante la *Water Act* de 1989 y de los puertos mediante la *Ports Act* de 1991. Al respecto, ver en lengua castellana, Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos", ob. cit., págs. 119 y sgtes.

<sup>40</sup> Respecto a este fenómeno, ver en la Argentina, Mairal, Héctor A., "La ideología del servicio público" en Revista de Derecho Administrativo, Depalma N° 14, Buenos Aires, 1993, págs. 359/437 y Fiel, "La regulación de la competencia y de los servicios públicos", Buenos Aires, 1999. En España, ver Ariño Ortiz, Gaspar, "Sobre el significado actual de la noción del servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)", en "Nuevos servicios públicos", Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 17/54 y Muñoz Machado, Santiago, "Servicio Público y mercado", I, Civitas, Madrid, 1998, págs. 17/53.

<sup>41</sup> Al respecto, autores como Mairal ("La ideología del servicio público", ob. cit., págs. 430 y sgtes.) entienden que la obligatoriedad constituye actualmente el factor definitorio del servicio público en la medida en que las restantes notas de uniformidad o igualdad, regularidad y continuidad pueden ser entendidas como consecuencia de la obligatoriedad al asegurar la disponibilidad del servicio y evitar violar el derecho general al acceso mediante prácticas discriminatorias.

de la actuación privada sin previa concesión ha perdido relevancia al haberse asumido la ineficiencia estatal y la necesidad de devolver al ciudadano y a la sociedad un mayor protagonismo<sup>42</sup>.

Así, con excepción de algunos campos puntuales -como la provisión de agua potable y desagües cloacales donde la concepción francesa del servicio público y características tales como la propiedad estatal de los bienes o instituciones como el rescate se han mantenido prácticamente inalteradas- se ha observado en los últimos años en la mayor parte de los países de la región el paso de un sistema de titularidad pública de diversas actividades consideradas anteriormente estatales y caracterizadas por prestaciones directas de la Administración o concesiones sustancialmente cerradas a uno más abierto, con creciente competencia en algunos campos específicos como las telecomunicaciones, la generación eléctrica o en países como la Argentina, la actividad postal- mayor libertad de entrada y de precios, sujeto a lo sumo a determinadas cargas u obligaciones de *servicio universal*.

Emparentado con el antiguo concepto de servicio público, el *servicio universal* responde a la idea de asegurar un patrón o standard mínimo al que todos deben acceder en aquellos supuestos en donde la competencia no resulta posible por ausencia de oferta. Así, a diferencia de la calificación general de servicio público de toda una actividad o sector, el servicio universal se dirige a prestaciones concretas como la telefonía pública o la remisión de cartas de 20 gr., consideradas como de interés general y cuya cobertura general difícilmente resulte posible por las características de la prestación en un marco de libre competencia<sup>43</sup>. Las discusiones centrales en esta materia han sido aquellas vinculadas con el contenido del servicio universal<sup>44</sup> y los sujetos obligados a solventarlos en un régimen de libre competencia.

Con pequeñas variaciones, los esquemas utilizados en los distintos países han encontrado importantes similitudes.<sup>45</sup> En efecto, más allá de algunas novedades observadas en los últimos años - como la creciente utilización del sistema tarifario de *price cap* desarrollado para la privatización de *British Telecom* por Littlechild- los esquemas regulatorios tienden a basarse en otros anteriores. Basta advertir así que la mayor parte de la regulación americana ha copiado la *Interstate Commerce Act* de 1887, la que a su vez se sustentó en la *British Railway Act* de 1845. O que en el desarrollo de los nuevos esquemas eléctricos sistemas como el californiano o el argentino han influido notablemente.

Los procesos mencionados introdujeron modificaciones significativas en la gestión de los servicios públicos y actividades reguladas en la región como consecuencia de factores tales como (i) el cambio de rol del Estado de prestador a regulador y árbitro en conflictos entre particulares; (ii) modificaciones sustanciales en la calidad de las prestaciones recibidas y (iii) la existencia de una creciente

---

<sup>42</sup> Ariño Ortiz, "Sobre el significado actual de la noción del servicio público y su régimen jurídico...", ob. cit., págs. 23 y sgtes.

<sup>43</sup> Ariño Ortiz, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público...", ob. cit., págs. 31 y sgtes.

<sup>44</sup> Ver, al respecto la Resolución de la Secretaría de Comunicaciones de la República Argentina n° 1250/98 aprobatoria del documento en consulta sobre servicio universal.

<sup>45</sup> En igual sentido, cuando los funcionarios pretenden reglamentar un sector o poner en ejecución una política siguen en general métodos o modelos utilizados por administradores anteriores. Cfr. Breyer, "Regulation and its reform", ob. cit., pág. 6.

demanda de los usuarios y consumidores por la calidad, precio y condiciones de la prestación (*accountability*) - habituados a no encontrar respuestas adecuadas en las organizaciones estatales por las deficiencias en las prestaciones<sup>46</sup>- en razón de la presencia de prestadores no estatales a quienes por primera vez puede exigírsele el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Asumido que la regulación no genera por sí competencia, se han desarrollado -especialmente desde el ámbito de la economía- distintas herramientas destinadas a reestructurar los mercados y tornarlos más competitivos. En aquellos supuestos donde la competencia resulta posible se ha procurado en general garantizar el ingreso y la salida del mercado, la utilización de la infraestructura y que las empresas existentes no puedan restringir la entrada de nuevos competidores<sup>47</sup>.

Siguiendo el ejemplo británico en materia de telecomunicaciones y electricidad, la mayor parte de los esquemas utilizados han intentado separar las actividades donde la competencia es posible de aquellas donde -por razones políticas, económicas o de mercado- ella no se produce, variando significativamente la regulación en uno y otro supuesto.

Desde esa óptica, las técnicas más frecuentemente utilizadas en materia de segmentación han sido (i) la desintegración vertical de actividades, competitivas y no competitivas en aquellos supuestos en los que ha resultado posible; (ii) la división regional de las empresas monopólicas y (iii) la separación funcional entre la infraestructura, la producción y el suministro a fin que tales actividades puedan ser prestadas por distintas empresas compitiendo entre sí.

De ese modo, a fin de separar los segmentos naturalmente monopólicos de los potencialmente competitivos -liberalizando la entrada en estos últimos y previniendo el abuso de posición dominante en los primeros- y dividir los activos regionalmente se ha producido la llamada desintegración vertical (*unbundling*) de las distintas fases o segmentos de las actividades, distinguiendo en general entre las redes de transporte o infraestructura (comunes a los prestadores) y los servicios (singularizados), prestados en los casos en donde ello ha resultado posible por operadores en competencia. Así ha ocurrido en la Argentina con la producción de hidrocarburos -actividad desregulada- y la generación de electricidad -actividad de interés público pero no servicio público- separadas de las actividades de transporte y distribución de electricidad y gas consideradas como servicios públicos. Lo propio ha ocurrido -con excepciones relevantes como el monopolio conferido a *British Gas* por la *Gas Act* de 1986- en la mayor parte de los países.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Basta recordar, al respecto, que la instalación de un teléfono en la República Argentina demandaba con anterioridad a la reforma producida en el año 1990 entre 25 y 30 años. Hoy es posible obtenerlo en la mayor parte de los supuestos en un par de días.

<sup>47</sup> Señala así Villar Rojas ("Privatización de servicios públicos", ob. cit., pág. 152) "si los beneficios son excesivos, típicos y situaciones monopolísticas, acudirán de inmediato nuevos competidores, obligando a la empresa instalada a ajustar su actividad o será expulsada del mercado por cualquier que ofrezca mejores precios y servicios. Acorde con estas ideas, la principal propuesta ha sido la liberalización o desregulación y cuando el monopolio sea inevitable, la regionalización que consiste en dividir las grandes empresas nacionales en varias compañías menores forzando a la competencia entre ellas, imagen de lo que ocurrió con la AT&T norteamericana".

<sup>48</sup> En Gran Bretaña las actividades de transporte y distribución de gas y electricidad son también consideradas como *public utilities*. La ley de petróleo y gas de 1982 (*Oil and Gas Enterprise Act*) abolió formalmente el monopolio exclusivo de compra conferido a *British Gas Corporation* y reconoció el derecho de interconexión, es decir, que cualquier empresa po-

Los esquemas no han resultado por cierto uniformes. Basta observar así, la coexistencia en el caso argentino de una integración vertical en telecomunicaciones y agua potable (principalmente en este último caso por su infraestructura física) a supuestos claros de separación vertical entre la producción, transporte y distribución en el sector energético (electricidad y gas natural) hasta la desregulación con entrada de nuevos competidores en materia de puertos, transporte aerocomercial, sistemas jubilatorios, combustibles, etc.<sup>49</sup>

En supuestos como la exploración y explotación de hidrocarburos, la comercialización de naftas, la generación eléctrica y el transporte aéreo, la segmentación ha resultado posible, desregulándose la producción y el transporte y manteniendo controles y regulación mas intensa en materia de infraestructura (gasoductos, oleoductos, electroductos y operación de estaciones aéreas).<sup>50</sup>

La segmentación de actividades ha permitido así –con resultados dispares- distinguir actividades potencialmente competitivas y no competitivas, sujetándolas a regímenes jurídicos distintos.<sup>51</sup> Asimismo, si bien no con el alcance deseado y con ciertos retrocesos visibles, ha mejorado la transpa-

día utilizar la red de distribución pública (NTS) para suministrar gas a cualquier consumidor, siempre que éste último no fuere un usuario doméstico. De ese modo, los productores del Mar del Norte fueron liberados de la obligación de vender gas a British Gas y quedaron en condiciones de negociar contratos de suministros con cualquier consumidor industrial. En la medida en que ello no tuvo el éxito deseado –al mantener *British Gas* contratos de compraventa muy ventajosos de la época en que ocupaba una posición monopólica- la *Gas Act* de 1986 dispuso la transformación de la empresa en una sociedad por acciones y su venta. Si bien todas las áreas de actividad quedaron abiertas a la competencia –con excepción del transporte de gas- no se dividió la empresa verticalmente o regionalmente, lo que generó fuertes críticas. Como consecuencia de ello, en la privatización del sistema eléctrico se procedió a separar las distintas actividades del sector y a introducir competencia entre las distintas empresas. La *Energy Act* de 1983 eliminó restricciones anteriores que impedían a cualquiera que no fuese una corporación pública llevar a cabo actividades de suministro de electricidad o la construcción y ampliación de centrales eléctricas. La *Electricity Act* de 1989 reorganizó la estructura del sector dividiendo a las empresas públicas en unidades menores; estableció el procedimiento de ventas y diseñó el régimen regulador de servicios mediante el esquema británico típico de creación de un ente regulador (*Office of Electricity Regulation u OFFER*), control tarifario y sujeción al régimen de licencia. Así, el *Central Electricity Generation Board* fue dividido en cuatro empresas. La actividad de producción fue encomendada a dos nuevas compañías, *National Power* –quien asumió el 70% de la capacidad de generación de electricidad- y *Power Gen* que recibió el 30% restante. La actividad de transporte fue transferida a una corporación pública (*National Grid Company*) y las dos *Area Board* fueron convertidas en sociedades por acciones y autorizada su venta. Ver, al respecto, Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos", ob. cit., págs. 192, 210 y siguientes.

<sup>49</sup> Fiel, "La regulación de la competencia y de los servicios públicos", ob. cit., pág. 16.

<sup>50</sup> En el caso de la infraestructura aeroportuaria, en algunos países como Argentina, Australia y México el Estado ha procedido a concesionar la explotación de las estaciones aéreas, reservándose todo lo relacionado al control de tráfico aéreo. En algunos supuestos ha mantenido transitoriamente los servicios de *handling* a cargo del Estado o empresas creadas por éste. Así ha ocurrido en la Argentina, donde esta última actividad será prestada por unos años mas por Intercargo (empresa actualmente de capitales estatales) y pasará posteriormente a cargo del concesionario, salvo que –como acontece con algunas líneas aéreas- ellas opten por la autoprestación de este servicio. Ver, al respecto, Tawil, Guido Santiago, "Recientes privatizaciones en la Argentina: el caso de los aeropuertos", en "Temas de derecho administrativo", III, San Juan, 1999, págs. 167 y ss.

<sup>51</sup> Basta observar al respecto que en el caso argentino la competencia ha sido muy intensa en los sectores de generación eléctrica, el régimen de puertos, el transporte aerocomercial y los combustibles. Asimismo, una creciente competencia se observa –como consecuencia de la interconexión de ambos sectores y la posibilidad de efectuar *by-pass* físicos o comerciales- en los supuestos de transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural, así como en los supuestos de telecomunicaciones dada la creciente liberalización. Por el contrario, en otros ámbitos como la provisión de agua potable y desagües cloacales, la competencia ha resultado prácticamente nula en función de las características de la infraestructura.

rencia informativa, permitiendo una creciente eliminación de subsidios cruzados entre los distintos sectores.

En algunos supuestos como los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales, su transferencia al sector privado ha traído aparejada, además, la necesidad de distinguir las competencias de aquél a quien se le ha encargado la prestación del servicio de la autoridad pública a cargo del control de la contaminación hídrica y la protección del medio ambiente.<sup>52</sup>

(a) *La regulación de las actividades en competencia.*

En aquellos sectores donde la competencia ha resultado posible -como la generación eléctrica, la telefonía celular, los servicios de telecomunicaciones de valor agregado, la actividad postal y crecientemente en otros ámbitos como la telefonía básica y de larga distancia o la producción de hidrocarburos- la apertura del sector a la iniciativa privada ha resultado creciente, autorizándose el ingreso a nuevos operadores que reúnan los requisitos exigidos para obtener autorizaciones administrativas.

Cumplidos dichos requisitos y obtenidas las licencias o autorizaciones, la regulación se ha dirigido en general a fomentar la competencia (con particular énfasis en la reducción de precios) y evitar concentraciones económicas, en algunos supuestos mediante la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.<sup>53</sup>

En igual sentido, asumida la importancia que reviste la utilización de la infraestructura y los costos que importa su desarrollo, la mayor parte de los sistemas han desarrollado esquemas que permitan acceder a las redes físicas de infraestructura (redes de transporte eléctrico, gasoductos y oleoductos, redes ferroviarias, redes de telecomunicación, autopistas, infraestructura aeroportuaria o portuaria, etc.) a un costo regulado y sujetas a un control especial por parte de las autoridades. En su operación, algunos países han optado por delegarla al sector privado, mantenerla a cargo del Estado u optar por un sistema mixto.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Así ha ocurrido en la Argentina tras la concesión de los servicios anteriormente prestados en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires y trece partidos del conurbano bonaerense por Obras Sanitarias de la Nación. Mientras la prestación ha sido otorgada en concesión por treinta años a la empresa Aguas Argentinas S.A., el control de la contaminación hídrica ha quedado a cargo de la Secretaría de Medio Ambiente. En ese sentido se ha seguido parcialmente el esquema británico en donde la *Water Act* de 1989 separó las funciones de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües de las funciones de reglamentación y policía sobre calidad de conservación de los recursos hídricos, protección del medio ambiente, control de la contaminación y los usos de los ríos. Mientras que la actividad prestacional fue sometida a control de la *Office of Water Services (OFWAT)*, la gestión indirecta de los servicios fue conferida mediante título habilitante y control de precios y la actividad de policía y reglamentación en materia de calidad de agua potable, contaminación y control medio ambiental fue otorgada a un nuevo ente estatal, la *National Rivers Authorities*.

<sup>53</sup> Ver, al respecto, Ariño Ortiz, "Sobre el significado actual de la noción del servicio público....", ob. cit., pág. 27.

<sup>54</sup> Así, en la Argentina la operación de las redes de transporte de electricidad y gas se han dado en concesión por períodos extensos a empresas privadas bajo el régimen de servicio público (Transener S.A. en materia eléctrica, Transportadora de Gas del Sur S.A. [TGS] y Transportadora de Gas del Norte S.A. [TGN] en materia de gas); la operación de la Red Telefónica Pública Nacional (RTPN) ha sido transferida a las operadoras Telecom S.A. y Telefónica S.A. como parte de la venta de activos; la operación y explotación de 33 aeropuertos pertenecientes al Grupo A de Aeropuertos del Sistema Nacional de Aeropuertos ha sido otorgada mediante una concesión por 30 años a Aeropuertos Argentina 2000 S.A.; la operación de los ferrocarriles y subterráneos al igual que de las terminales portuarias han sido concesionadas a largo plazo;

En la medida en que las redes constituyen en la mayor parte de los supuestos monopolios naturales y que la limitación a su acceso impide el ingreso al mercado y la consecuente competencia, se han desarrollado importes doctrinas como la norteamericana de las *essential facilities* o la británica de la *third party access*, tendientes a asegurar el libre acceso de los operadores en competencia a la infraestructura (*open access*). Lamentablemente, su consagración ha enfrentado en ocasiones problemas insalvables y serias discusiones ante los procedimientos técnicos instrumentos para asegurar tanto el acceso como el aumento de la capacidad de transporte y las construcción de nuevas redes<sup>55</sup>.

En el ámbito de las telecomunicaciones los conflictos se han centrado esencialmente en el acceso a las redes, la interconexión y los costos derivados de ella. En este último aspecto, la tendencia predominante ha sido la de permitir la libre discusión de los precios de la interconexión entre las partes en función de los costos y utilización de red e instalación de los vínculos físicos, otorgando a las autoridades un rol subsidiario a falta de acuerdo<sup>56</sup>. Lamentablemente, diferencias relevantes en la interconexión de los sistemas de telefonía fija, celular y *trunking* han derivado en numerosos conflictos administrativos y judiciales.

En materia eléctrica, los sistemas de transporte han sido considerados en general de libre acceso para los grandes usuarios, distribuidores y generadores en la medida en que exista capacidad en las redes. En aquellos supuestos en donde la capacidad es limitada se han previsto mecanismos de ampliación a ser pagados por sus beneficiarios económicos y no por los transportistas<sup>57</sup>, fomentándose en algunos supuestos cierta competencia en el desarrollo de las redes.<sup>58</sup>

En el ámbito de la generación eléctrica, los sistemas reconocen en general un despacho central y un sistema en base a costos marginales (mercado *spot*) que ha llevado en algunos supuestos a abu-

---

etc. En otros países como Gran Bretaña, la operación de las redes de transporte eléctrico se han mantenido a cargo de corporaciones públicas como *National Grid* o empresas privadas que prestan además otras actividades de producción y distribución como *British Gas*.

<sup>55</sup> Al respecto, significativas han sido las discusiones suscitadas en la Argentina sobre el funcionamiento del sistema de ampliación de las redes de transporte eléctrico ante la obligación impuesta a aquellos generadores desplazados del sistema por el esquema de costo marginal y el ingreso de nuevos operadores a sus redes a solventar su desarrollo al ser considerados beneficiarios de dichas ampliaciones. Ver, al respecto, Massimino, Leonardo, "La cuestión del acceso (abierto) en los principales servicios públicos. Situación actual y perspectivas", Revista Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 1998, N° 241, pág. 73/89.

<sup>56</sup> Ver así, en la Argentina, lo dispuesto en el artículo 21 del decreto n° 49/97 que autoriza la libre negociación de los precios de interconexión entre las partes considerando el costo por uso de la red, el costo de reinstalación de los vínculos físicos y el costo por otros servicios.

<sup>57</sup> La remuneración del transportista está integrada en general por los conceptos de conexión, capacidad de transporte y energía eléctrica transportada y tiene directa relación con la disponibilidad y el equipamiento del transporte: líneas, equipamientos de conexión y transformación y el valor de la energía efectivamente transportada. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la actividad de distribución, la remuneración que perciben los transportistas no incluye los costos de expansión, quedando las ampliaciones correspondientes a cargo de los usuarios u otros agentes que resulten beneficiados. Ver, al respecto, Massimino, "La cuestión del acceso (abierto) en los principales servicios públicos...", ob. cit., pág. 85.

<sup>58</sup> En tal sentido, aun cuando el sistema de transporte eléctrico ha sido otorgado en la Argentina a un solo transportista en calidad de concesionario de servicio público, las ampliaciones de transporte reconocen la posibilidad de que en ellas pueda competir con el transportista en la construcción, operación y mantenimiento de las nuevas redes un nuevo sujeto denominado "transportista independiente".

sos ante la omisión en la declaración de costos reales de producción y el desinterés de las autoridades en auditarlos. El desarrollo de mercados a término ha afrontado inconvenientes de otra índole como la resistencia de las provincias -en países federales como la Argentina- a permitir el ingreso de competencia en el abastecimiento de los grandes usuarios locales como consecuencia del temor a la pérdida de mercado por parte de las distribuidoras locales de propiedad provincial o la presión tributaria de los fiscos provinciales.

Sin perjuicio de ello, en países como la Argentina el desarrollo significativo de los mercados de gas y el exceso de inversiones en el sector de generación eléctrica ha producido un descenso significativo de los precios de la electricidad que si bien ha alimentado inicialmente el crecimiento del sector de contratación, a la larga lo ha desalentado, provocando serias dificultades a las nuevas empresas generadoras y obligando a la búsqueda de soluciones alternativas como la interconexión entre los distintos mercados y la exportación de gas y electricidad a países vecinos como Brasil, Chile o Uruguay. Este proceso de exportación ha traído efectos sumamente beneficiosos a países como Chile, Uruguay y Brasil ante la reducción de los precios de la electricidad y el respaldo de parques generadores esencialmente hidráulicos.

En materia de gas natural, diferenciándose de la criticada privatización de *British Gas* algunos países han optado por dividir regionalmente los sistemas de transporte y distribución de gas. Así ha ocurrido en la Argentina donde se crearon dos empresas transportistas y nueve distribuidoras con concesiones a largo plazo bajo la figura de servicio público. Mientras el transporte ha sido otorgado en exclusividad, aunque limitada a la explotación del sistema de transporte existente y no impidiendo otorgar otras concesiones a través de gasoductos que no formen parte de los ya concesionados, en materia de distribución las licencias conferidas importaron otorgar exclusividad para el área de servicio respectiva, sin perjuicio de ciertas excepciones vinculadas con la subdistribución y el *by pass* o derecho a adquirir gas directamente del productor o comercializador<sup>59</sup>.

*(b) La regulación en los mercados no competitivos.*

En aquellos mercados donde -como consecuencia de razones físicas, políticas, económicas o jurídicas- la competencia no ha sido posible, la regulación se ha caracterizado por (i) una importante regulación tarifaria -en donde ha predominado en los últimos años el sistema británico de *price cap*- y de utilización de la infraestructura, (ii) precisos requisitos en materia de inversión -confundiéndose en numerosos supuestos el objetivo de las concesiones al privilegiar erróneamente metas físicas sobre los resultados obtenidos-; (iii) exigentes compromisos de calidad en la prestación del servicio y la atención del usuario y (iv) la tendencia a asegurar una mayor información y participación de los usuarios en el control de los servicios.

---

<sup>59</sup> Massimino, "La cuestión del acceso (abierto) en los principales servicios públicos...", ob. cit., pág. 79 y sgtes.

Como bien se ha señalado, la regulación debe intentar mantener un equilibrio adecuado de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios o bienes y los intereses de los accionistas de las empresas prestadoras del servicio.<sup>60</sup>

Los mecanismos utilizados para alcanzar este objetivo han variado en los distintos países. Mientras que los entes reguladores norteamericanos y la mayor parte de sus pares han basado tradicionalmente su obrar en el control sobre la tasa de retorno o beneficio del inversor fijando el máximo a obtener por la gestión del servicio público<sup>61</sup>, a partir del modelo introducido por Littlechild para la

---

<sup>60</sup> Si los precios de los servicios se mantienen bajos, a corto plazo resulta beneficiado el usuario en detrimento de la inversión, que verá devaluarse las acciones, pero a mediano plazo, el usuario también podrá verse perjudicado si no se producen inversiones. Por el contrario, si la empresa limita sus inversiones e incrementa abusivamente los precios, los accionistas verán aumentar sus beneficios pero estas medidas perjudicarán la calidad del servicio afectarán el servicio del usuario. Cfr. Vickers, J. y Yarrow, G., "Privatization and the natural monopolies", Public Policy Center, Londres, 1985, pág. 81.

<sup>61</sup> Aplicado tanto a monopolios naturales como a la telefonía urbana o a la generación eléctrica así como a industrias sin competencia como las líneas aéreas o el gas natural, el fundamento del sistema derivaba de que el regulador determinara tarifas o precios "justos y razonables", entendiéndose por tal -en los términos de la Suprema Corte Norteamericana- "permitir a las compañías operar exitosamente, manteniendo su integridad financiera, atraer capital y compensar a los inversores por los riesgos asumidos". Cfr. "Federal Power Commission, v. Hope Natural Gas Co.", 320 U.S. 591, 605 (1944). El sistema se basa en establecer los precios de los servicios prestados en un nivel que permita al prestador obtener un beneficio razonable con relación al capital empleado en la actividad. Para su buen funcionamiento depende esencialmente de la actividad desempeñada por el ente regulador en la medida en que la aprobación tarifaria debe garantizar tarifas justas, razonables y no discriminatorias (*just and reasonable with no undue discrimination*), establecer el retorno máximo que debe obtener el prestador como porcentaje sobre el capital invertido y valorar el capital que sirve de base para determinar el beneficio, decidiendo qué inversiones, bienes y amortizaciones deben computarse. Este sistema persigue que -asegurando unos precios y beneficios máximos razonables- sólo sea posible incrementar los beneficios hasta el tope predeterminado si disminuyen los costos a igual base de capital mejorando la eficiencia de la prestadora. A ese fin, el sistema de costo de servicio importa la aplicación de una fórmula de precios relativamente sencilla mediante mecanismos pre-establecidos. A fin de determinar el precio el regulador procede del siguiente modo: (i) elige un año determinado para la empresa en cuestión (t); (ii) determina los costos operativos (OC), la depreciación (D) y los impuestos (T) de ese año; (iii) adiciona a esa suma un beneficio razonable, determinado mediante la multiplicación de una tasa de retorno razonable (r) por una tasa base (RB), establecida tomando la inversión histórica total y restando la depreciación anterior total; (iv) el total equivale a los requerimientos de ingresos de la firma (RR). El regulador fija en consecuencia los precios de modo tal que los ingresos brutos de la firma equivalga a los ingresos requeridos. (v) si la empresa provee diferentes clases de servicios o provee a diferentes clases de clientes, el regulador puede determinar el porcentaje en que cada uno colaborará con los ingresos totales, determinando así la estructura tarifaria de la empresa. De ese modo, el regulador determina las ganancias, adiciona los costos para fijar los ingresos requeridos y determina los precios necesarios para alcanzar esos requerimientos. Ver, Breyer, "Regulation and its reform", ob. cit., pág. 36/37. Más allá de algunas diferencias según la industria o ente que se trate, el procedimiento seguido en los Estados Unidos es en general el siguiente. La empresa regulada formula una presentación ante el ente regulador proponiendo una determinada tarifa. El ente puede durante el término de noventa días aprobar la tarifa, rechazarla por irrazonable o profundizar el análisis. En este último caso la tarifa entra en vigencia pero existe la obligación de devolución de cualquier monto que el ente considere posteriormente como excesivo. Puede, asimismo, ordenar audiencias e investigar la razonabilidad de cargos ya aceptados. En este caso la tarifa sigue en vigencia durante la investigación y no existe obligación de reintegro. Los objetivos de la regulación del costo del servicio han sido en general resumidos en (i) prevenir ganancias excesivas; (ii) mantener los precios lo más bajos posible y cercanos a los costos; (iii) evitar una alocaión ineficiente de recursos económicos; (iv) eliminar métodos de producción ineficientes y (v) ratificar la confianza en el funcionamiento administrativo Cfr. Breyer, "Regulation and its reform", ob. cit., pág. 37. Utilizado frecuentemente en los Estados Unidos y en la mayor parte de los restantes países -hasta los recientes procesos de privatización a partir de los cuales el "price cap" ha comenzado a predominar- este sistema ha sido objeto de ciertas críticas basadas en (i) la discrecionalidad de los entes reguladores para determinar cuándo un beneficio es normal y los ele-

privatización de British Telecom, los reguladores británicos se han centrado en controlar el incremento de los precios de los servicios bajo el sistema denominado de *price cap* o precio tope<sup>62</sup>

En algunos supuestos como la Argentina, los distintos sistemas confluyen al mismo tiempo. Mientras que el sistema de *price cap* predominaba en los casos del gas natural y la energía eléctrica mediante un traslado explícito de costos, en otros casos subsisten esquemas mixtos en función de ajustes por índice más cercanos al sistema de costo de servicio (provisión de agua potable y ferrocarriles de pasajeros), habiéndose introducido en algunos ámbitos una mayor libertad en la fijación de precios (puertos, transporte aerocomercial, fondos de pensiones, combustibles), más allá de una creciente tendencia a regular en algunos de estos ámbitos<sup>63</sup>.

Lamentablemente, la utilización de algunos sistemas en supuestos distintos a aquellos para los que fue diseñado e importantes defectos en su implementación han afectado en importante medida su credibilidad. En tal sentido, si bien se sostuvo inicialmente que el sistema de *price cap* evitaba depender de la información provista por la empresa regulada a los fines de determinar su tasa de retorno -como acontece en el sistema de costo de servicio- la realidad indica que las conclusiones señaladas han resultado cuando menos apresuradas en tanto la eficacia del control depende siempre en última instancia de la información que disponga el ente regulador respecto a la empresa regulada, su eficiencia actual y el grado que debería alcanzar.

---

mentos a incluir en el cómputo del capital; (ii) la ausencia de estímulo a la eficiencia en la medida en que no sólo la disminución de costos permite incrementar los beneficios sino también el aumento de las inversiones de capital, a pesar que ellas no inciden sobre la calidad del servicio; (iii) las dificultades que presenta en la determinación tarifaria el peligro de captura de los reguladores; (iv) las dificultades que presenta determinar los costos a imputar a un servicio o producto concreto en las empresas que actúan en régimen de monopolio ante la existencia de economías de alcance que desvirtúan el cálculo de precios y beneficios; y (v) la tendencia de algunas empresas prestadoras de alcanzar acuerdos entre ellas y restringir el acceso de nuevos competidores. Cfr. Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos", ob. cit., pág. 161.

<sup>62</sup> A partir de un informe elaborado por el profesor Littlechild en el año 1983 para el Departamento de Industria (*Regulation of British Telecommunications' Profitability*) se desarrolló en Gran Bretaña el sistema denominado de precio tope o *price cap*, representado por la fórmula RPI - X y basado en el control de precios de los servicios básicos en base a la presunción de que si el precio no puede aumentarse, la única fórmula para elevar los beneficios es reducir los costos. El sistema se basa en limitar el incremento normal del precio de un conjunto de servicios básicos en el porcentaje que resulta de reducir el índice de precios al consumidor (en Gran Bretaña *Retail Price Index o RPI*) en función de un factor "X" que refleja la mejor de la eficiencia de la empresa y es determinado por el ente regulador. [Este factor ha variado en cada caso concreto. Así, en la privatización del sistema telefónico argentino se estableció un factor de eficiencia fijo determinado por la fórmula RPI - 4 durante los primeros siete años de vigencia de la exclusividad otorgada a las licenciatarias básicas telefónicas y de RPI - 2 durante la prórroga de la mencionada exclusividad (modificada parcialmente). En el supuesto británico, el *price cap* aplicado para *British Telecom* durante el período 1989-1993 fue RPI - 6,25%]. Determinado el valor, éste debe mantenerse estable durante un período fijado normalmente entre cuatro o cinco años, durante el cual la prestadora incrementará los beneficios en la medida en que pueda reducir sus costos. Transcurrido ese período, los beneficios obtenidos por la mayor eficiencia son transferidos a los usuarios con la reducción tarifaria producida por la aplicación del factor X y las nuevas tarifas a regir. Ideado esencialmente para controlar los precios de los servicios básicos de telecomunicaciones con carácter transitorio, su objetivo fue permitir el tránsito ordenado desde el monopolio a la libre competencia, destacándose como ventaja su sencillez y claridad.

<sup>63</sup> En tal sentido, se destacan las discusiones suscitadas en la Argentina respecto al valor de los combustibles, las comisiones de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones y las serias discusiones suscitadas como consecuencia de la difícil situación económico-financiera que presenta Aerolíneas Argentinas, a cargo de la operadora española Iberia.

En efecto, la eficacia de este sistema depende del modo en que se determine el factor de eficiencia  $X$ <sup>64</sup> y la mayor parte de las licencias y contratos de concesión no han determinado con precisión cómo se determina dicho factor, suscitando serias discusiones durante los procesos de revisión tarifaria. Ellos han derivado en algunos supuestos en la determinación de  $X$  en función de factores de eficiencia o productividad generales de la economía (TFP) claramente alejados de la eficiencia específica de la industria o empresa en cuestión<sup>65</sup> o en la introducción de modificaciones unilaterales en los esquemas iniciales tal como ocurriera con las revisiones realizadas en los supuestos de *British Telecom*, *British Gas*, *British Airport* sin respetar el compromiso original.

Se ha criticado, además, que (i) la obtención de mayores beneficios no sólo puede lograrse disminuyendo los costos, sino también reduciendo la calidad del servicio y limitando las inversiones; (ii) el control de precios ha generado inseguridad en torno a las inversiones necesarias para atender la futura demanda -en la medida en que ninguna empresa afrontará inversiones relevantes, por ejemplo en infraestructura, sin ciertas garantías respecto al recupero de su inversión- asumido que la finalidad de la fórmula de control de precios fue permitir un tránsito ordenado desde el monopolio de la competencia, superando las dificultades presentes pero no las futuras; (iii) a pesar de ser un sistema diseñado esencialmente para las telecomunicaciones, ha sido aplicado a los restantes servicios privatizados (electricidad, gas, aeropuertos, agua, etc.) añadiéndole otros factores para adecuarla<sup>66</sup> pero sin observar que mientras en el supuesto de las telecomunicaciones el tránsito a la competencia resultaba posible y la tecnología asume un rol relevante para facilitar la competencia, no ocurre lo mismo en los supuestos de provisión de agua potable y desagües cloacales o en el transporte de gas y electricidad en los que la competencia no resulta sencilla y los avances tecnológicos no revisten una envergadura comparable con los visibles en materia de telecomunicaciones.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Como bien se ha señalado, "si su valor es el resultado de considerar como innovación tecnológica la totalidad de las inversiones realizadas por la empresa gestora de los servicios, el precio final reflejaría los costes/capital de la compañía, lo que en definitiva sería igual que el modelo norteamericano del *rate of return regulation* del que pretendía separarse. Sólo si  $X$  refleja las inversiones tecnológicas que debería tener la compañía, en función de un estudio comparativo con otras empresas del mismo sector y no las que efectivamente realice, podrá lograrse un control real de los precios. Sin embargo, la realidad demuestra que, ante la dificultad de obtener datos fiables de compañías de otros países, el factor  $X$  ha sido establecido mediante la negociación entre el gobierno, la agencia reguladora y las empresas, alejándose del modelo ideal". Cfr. Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos", ob. cit., pág. 163.

<sup>65</sup> Así ocurrió, por ejemplo, en la Argentina con la primera revisión tarifaria quinquenal del gas.

<sup>66</sup> Cabe advertir así, por ejemplo, lo ocurrido en el sistema eléctrico inglés. Mientras en las tarifas para uso de la red de alta tensión se utiliza la fórmula  $RPI - X$  contenida en la licencia de *National Grid Company* -en el que factor  $X$  fue fijado inicialmente en 0-, las tarifas por el uso de las redes locales de distribución fueron sometidas a la fórmula  $RPI + X$  a fin de permitir un incremento superior al índice de precios al consumidor que permita prever la futura demanda de uso de redes e invertir en el tendido de nuevas líneas y puntos de conexión. En este supuesto, el factor  $X$  fue fijado en forma individual para cada compañía. En las tarifas para el suministro doméstico de electricidad se aplicó nuevamente la fórmula  $RPI - X$ .

<sup>67</sup> Ver, al respecto, Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos", ob. cit., págs. 162 y siguientes. En este caso, el sistema instaurado en Gran Bretaña ha sido un sistema de *price cap* bajo la fórmula  $RPI + K$ . El régimen tarifario general está basado en el valor de los inmuebles a los que se les suministra el servicio aún cuando se faculta a las prestadoras a introducir medidores. En la medida en que el problema más acuciante del agua en Gran Bretaña es alcanzar los niveles de calidad impuestos por las normativas comunitarias y mejorar los sistemas y controles medio ambientales, el agregado de un factor  $K$  pretende trasladar las inversiones a las tarifas, lo que ha producido un considerable incremento del precio del agua potable en el Reino Unido. La fórmula se aplica no sólo sobre el suministro de agua sino también sobre otras actividades y la fórmula tiene una vez establecida una vigencia de diez (10) años, aún cuando el Director General de Servicios de Agua o la

(c) *Los resultados producidos.*

Un interesante estudio realizado en la Argentina -cuyas conclusiones probablemente resulten similares en otros países de la región- ha examinado los resultados alcanzado como consecuencia de este proceso en función de indicadores de (i) precios, (ii) cobertura, (iii) calidad de provisión, (iv) inversiones y (v) productividad<sup>68</sup>.

En el caso de los precios, los resultados no son uniformes, presentándose incrementos y bajas de tarifas con diferencias sustanciales según los servicios y usuarios de que se trate <sup>69</sup>. En el caso de los restantes indicadores (cobertura, inversiones, calidad y productividad) la información resulta más homogénea que en el supuesto de los precios y denota una mejora sustancial en la mayoría de los supuestos visibles en las inversiones realizadas -tanto como consecuencia de los compromisos en la expansión y sustitución de las redes como aquellas atraídas por la competencia-, las mejoras en la calidad de los servicios (digitalización de las redes, mejora en la presión del suministro y en la puntualidad de los transportes, etc.) y los incrementos en la productividad .<sup>70</sup>

prestadora puede solicitar su revisión siempre que hayan cambiado las condiciones iniciales. También prevé la aplicación de un factor K de inversión adicional el sistema tarifario del gas en la Argentina.

<sup>68</sup> Fiel, "La regulación de la competencia de los servicios públicos...", ob. cit., pág. 17, el que agrega "estos indicadores no tienen todos el mismo rango en la evaluación del desempeño y bienestar económico de los consumidores. Por un lado, los indicadores de precios, calidad y cobertura tienen un impacto directo sobre la evaluación de bienestar de los consumidores. Por otro lado, las mejoras en la productividad y las inversiones constituyen indicadores indirectos de potenciales mejoras futuras que operan por la vía de ganancias de eficiencia productiva".

<sup>69</sup> Fiel, "La regulación de la competencia de los servicios públicos", ob. cit., pág. 19, con los siguientes ejemplos:

- Telecomunicaciones: caída de la tarifa media en términos reales desde 1990 pero con rebalanceo (aumento de abono y costo de llamada urbana contra la reducción de costo de llamada interurbana internacional) que hace cambiar el costo según el tipo de usuario; valor real del pulso muy superior al de 1989 pero similar al de 1985.
- Gas natural: precios y márgenes razonables en perspectiva histórica e internacional para usuarios residenciales e industriales (con aumentos para el segmento comercial). Las subas de comienzos de los '90 se deben a la corrección de distorsiones insostenibles.
- Energía eléctrica: precios y márgenes razonables en términos históricos e internacionales para todos los segmentos. Proceso de caída de precios alentada por la competencia de generación y aprovechamiento de progreso tecnológico.
- Agua y cloacas: las tarifas en 1997 están por debajo de comienzos de la década, a pesar del malestar en la discusión de los ajustes solicitados. Hay aumentos pendientes suspendidos.
- Combustibles: el índice promedio de la nafta y el gas-oil neto de impuestos aumentó 5% en términos reales entre 1988 y mediados de 1998; los valores al público aumentaron en el mismo período 14% y el valor del crudo se redujo 35%.
- Corredores viales: tarifas de peaje cada 100 Km. más elevadas (45%) que al comienzo de las privatizaciones por acuerdos de financiamiento de inversiones y ajustes tarifarios que alimentaron subas importantes, aun cuando el mecanismo del ajuste original (IPC) hubiera llevado a aumentos mayores.
- Puertos marítimos: fuerte caída de precios por procesos competitivos (el costo del manipuleo de un contenedor pasó de US\$ 440 en 1991 a US\$ 110 en 1997, representando una reducción en dólares corrientes del 75% que supera el 80% medida en términos reales -precios mayoristas-.
- Transporte aéreo: importante caída en precios (en las cuatro rutas de cabotaje principales caen en promedio un 36%) por proceso competitivo.
- Transporte ferroviario (cargas y pasajeros): leve aumento de tarifas medias (3% cargas, 9% pasajeros). En este último caso, importante reducción del subsidio del Estado (\$ 256.000.000 en 1986 a \$ 87.000.000 en 1997).

<sup>70</sup> Fiel, "La regulación de la competencia de los servicios públicos...", págs. 18/20. Se señala allí que en relación a la cobertura se han observado en general avances relevantes en todos los sectores, destacándose particularmente las telecomuni-

Los procesos de transferencia de servicios al sector privado han llevado en general a una importante reducción de subsidios cruzados. Así ha ocurrido en la Argentina, por ejemplo, con la energía eléctrica y el gas natural. Por el contrario, en supuestos tales como el de las telecomunicaciones su eliminación ha traído varios problemas<sup>71</sup> y en otros casos como el de la provisión de agua potable y desagües cloacales, los subsidios cruzados eliminados en los marcos regulatorios aprobados en el año 1992 debieron ser restaurados<sup>72</sup>.

#### *IV. Problemas subsistentes tras las reformas efectuadas.*

Los procesos de privatización y regulación no se han encontrado exentos de crítica. A la ausencia de transparencia observada en algunos procesos licitatorios<sup>73</sup> o de regulación posterior y a las derivadas de la consagración de posiciones dominantes en algunos mercados –consecuencia de errores de diseño cometidos en algunos supuestos y de causas político-económicas en otras<sup>74</sup> que llevaron a

caciones (donde se duplicaron las líneas en servicio) y redes más maduras en materia de electricidad y gas natural. En materia de inversiones se produjo un importante flujo de capital ya sea como consecuencia de los planes de expansión comprometidos (con distinto grado de cumplimiento según el sector) así como de inversiones atraídas por la competencia y la entrada de nuevas empresas (transporte aéreo, combustibles, puertos). La calidad de servicio ha mejorado notablemente, observándose la plena digitalización de la red de telecomunicaciones, la reducción de cortes de energía eléctrica –más allá de incidentes serios como el ocurrido en la Ciudad de Buenos Aires durante 1999- la mejora en la presión del agua y gas natural, avances en los índices de estado de las rutas, reducción relevante en la estadía de buques en puertos y mejoras en la puntualidad de los transportes. Las mejoras de productividad son también relevantes examinando la mano de obra directa empleada o, en los supuestos en que se halla disponible, la capacidad física del capital.

<sup>71</sup> Conocidos son los inconvenientes que suscitó en ese sentido el llamado “rebalanceo tarifario telefónico” en diversos países.

<sup>72</sup> Así ha ocurrido en el caso del agua potable con el denominado “carga de infraestructura”. Según el esquema original aplicable en el área de Buenos Aires y 13 partidos del conurbano bonaerense el costo de la red domiciliaria construida por el concesionario tanto para la prestación de servicios de abastecimiento de agua potable como de desagües cloacales en las áreas de expansión del servicio debía ser afrontado por los nuevos usuarios. A ese fin, el concesionario se encontraba obligado a otorgar financiamiento por un término de dos años. Poco tiempo después de la transferencia del servicio en el año 1993, se suscitaron diversos inconvenientes ante la resistencia de quienes debían abonar tales importes al nuevo concesionario. Ante la falta de pago de dichos cargos por parte de usuarios mayoritariamente carentes de recursos y decisiones del Ente Regulador ordenando al concesionario que se abstuviera de ejecutar el cobro ante los problemas sociales que ello presentaba, la situación descrita derivó en una reformulación del esquema de expansión de los servicios y la reinstauración de un subsidio cruzado mediante su pago por todos los usuarios a fin de facilitar la expansión de los servicios a los sectores más carenciados.

<sup>73</sup> La experiencia argentina en los procesos de selección de los operadores privados ratifica la conveniencia de la utilización de mecanismos de doble sobre, centrado en el primer caso a la calificación o no calificación del oferente (pasa o no pasa) y un segundo sobre restringido a la oferta económica (pago por los activos, mayor canon o mayor descuento de tarifa). En tal sentido, se ha observado con razón la inconveniencia de solicitar proyecciones de demanda –en la medida en que sus incumplidas dan lugar a revisiones susceptibles de introducir asimetrías entre los participantes, debiendo agregarse a ello los serios inconvenientes que han producido los sistemas mixtos de evaluación mediante fórmulas que engloban puntuación y oferta económica, dada la subjetividad observada en la determinación de los puntajes.

<sup>74</sup> Como la necesidad de recaudar divisas como consecuencia de la transferencia de privilegios en lugar de una desregulación absoluta de ciertos sectores como el de telecomunicaciones. En igual sector, el mencionado objetivo de recaudación llevó en numerosos supuestos a privilegiar el monto económico ofertado por sobre la calidad del prestador e, inclusive, la viabilidad de la operación.

una peligrosa concentración monopólica en ciertos sectores claves de la economía o a la elección de prestadores inadecuados- se han sumado otros cuestionamientos relevantes.

En primer lugar, la reducción del intervencionismo estatal no ha alcanzado el éxito deseado. El desarrollo del proceso regulatorio ha generado nuevos procedimientos administrativos caracterizados por elementos esencialmente técnicos<sup>75</sup>, observándose estructuras disímiles en los entes o agencias regulatorias<sup>76</sup>, requerimientos excesivos de información de difícil o inútil procesamiento –producto en numerosos supuestos de la necesidad de justificar una actividad eminentemente formal- y una lentitud en los procedimientos y trámites administrativos que demuestran que los objetivos perseguidos inicialmente a lo sumo han sido alcanzados parcialmente.

En este sentido, ciertas medidas adoptadas en los Estados Unidos con propósitos desregulatorios a partir de principios de los ´80 podrían resultar de interés. Entre ellas cabe recordar a la *Regulatory Flexibility Act* que –introduciendo importantes reformas a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (APA)- exigió a los reguladores examinar alternativas para reducir peligros o asegurar mayores beneficios a pequeñas entidades y ordenar o rever las regulaciones cada diez años<sup>77</sup>; a la *Paperwork Production Act* de 1980 que requirió a los entes reguladores justificar los pedidos de información, estableciendo su necesidad y utilidad, estimando el peligro que su requerimiento imponía y demostrando que adoptaron los medios menos gravosos para recoger esa información; el mayor control otorgado a la oficina de gestión presupuestaria (OMB) sobre la labor de los reguladores; la comisión especial creada por Reagan para revisar la regulación existente y determinar los beneficios netos que ella producía que culminó en la Orden Ejecutiva n° 12.291 que no sólo impuso un congelamiento sobre la regulación pendiente de emisión y ordenó revisar la existente sino que también determinó un nuevo procedimiento de revisión regulatoria al establecer que "la acción regulatoria no debía ser adoptada salvo que los beneficios potenciales para la sociedad por la regulación superen los costos potenciales"<sup>78 79</sup>;

<sup>75</sup> Ver, al respecto, Tawil, Guido Santiago, "El procedimiento administrativo ante entes reguladores", en "Procedimiento Administrativo", Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

<sup>76</sup> Mientras que algunos entes controlan a un solo prestador y cuentan con estructuras similares a quien presta el servicio, otros no cuentan prácticamente con estructura alguna. Lamentablemente, se repite el fenómeno conocido en donde los medios dependen de la importancia o el favor político del que gozan en momentos determinados los funcionarios a cargo. La mejor prueba de ellos es la evolución (o involución) producida en los mismos entes cuando cambian sus directivos.

<sup>77</sup> Respecto a la sanción de la APA en 1946 y la incidencia que en ella tuvieron el desarrollo de los entes reguladores como consecuencia del New Deal, la creciente deferencia otorgada a sus decisiones, la puja entre quienes como Landis propugnaban un limitado control judicial y quienes sostenían la posición contraria y el conocido *Final Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure* de 1941, ver Tawil, Guido Santiago, "Administración y Justicia", I, Depalma, Buenos Aires, 1993, págs. 113/114 y "Dos aniversarios en el derecho administrativo comparado: a 100 años de la Ley Santamaría de Paredes y 50 del The Administrative Process de Landis", Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires, t° 48, n° 3, noviembre de 1988, págs. 79 y ss.

<sup>78</sup> La *President's Task Force on Regulatory Relief*. Un mes después de la creación de este grupo de tareas, Reagan emitió la Orden Ejecutiva n° 12.291 imponiendo un congelamiento durante 60 días de regulaciones pendientes de emisión a efecto que el mencionado grupo pudiera examinarlas. En agosto de 1983, se habían identificado 119 regulaciones susceptibles de revisión. Finalmente 76 de ellas fueron revisadas o eliminadas. Ver, respecto a este tema, Eisner, Worsham y Ringquist, "Contemporary Regulatory Policy", ob. cit., págs. 35 y sgts.

<sup>79</sup> Al poco tiempo de asumir, el presidente Clinton modificó el sistema de revisión regulatoria establecido por Reagan mediante la Orden Ejecutiva N° 12.866 del 30 de septiembre de 1993 Clinton revocó la Orden Ejecutiva N° 12.291, aún cuando el nuevo sistema regulatorio no introdujo modificaciones demasiado relevantes. Bajo el nuevo esquema, los entes asumieron la responsabilidad de conducir análisis que justifiquen toda regulación significativa (calificada como aquella con un impacto

la iniciativas de Clinton de “reinventar el Estado” (*reinventing government o REGO*)<sup>80</sup>; la sanción en el año 1993 de la *Government Performance and Results Act* -que exigía a los entes reguladores preparar planes estratégicos, identificar objetivos para todas sus actividades principales y remitir todos ellos a la OMB y al Congreso-; la suscripción en marzo de 1995 de la *Unfunded Mandates Reform Act* designada a evitar la sanción de leyes que impusiera obligaciones al sector privado u otros niveles del gobierno sin obtener los fondos necesarios para su implementación; la reforma en 1995 de la *Paperwork Reduction Act* de 1980 que exigió a los entes reducir las horas requeridas para cumplir con la carga burocrática en un 40% para el año 2001 y la sanción de la *Omnibus Appropriations Act* de 1997 que exigió a la OMB establecer un sistema de contabilidad presupuestaria para seguir de cerca los costos y beneficios de las regulaciones significativas (aquellas con un impacto anual no menor de US\$ 100 millones) y remitir al Congreso un informe estimando los costos y beneficios anuales de los programas regulatorios federales, requiriendo al director de la OMB recomendaciones para "reformar o eliminar cualquier programa regulatorio federal que fuera ineficiente, inefectivo o que fuera una utilización adecuada de los recursos de la Nación"<sup>81</sup>.

Si bien la reforma del sector público ha permitido reducir algunas erogaciones y obtener ingresos relevantes como consecuencia de los procesos de privatización, ello no ha importado una reducción sustancial del gasto público. Por el contrario, el análisis de supuestos como el argentino demuestran que -a pesar de la transferencia al sector privado de la mayor parte de los servicios anteriormente prestado por el Estado en forma deficitaria- el gasto público ha sufrido un incremento sustancial.

Como hemos señalado, los procesos de privatización han importado en numerosos casos una mejora sustancial en la calidad de los servicios transferidos y una reducción relevante de sus precios en aquellos supuestos de actividades en competencia. Lamentablemente, en la medida en que en numerosas ocasiones los Estados han privilegiado durante los procesos de privatización la obtención de recursos económicos, se han transferido al sector privado empresas con privilegios (monopolio, exclusividad, etc.) o tarifas preferenciales (en función de los precios perseguidos) que no han permitido en todos los supuestos mejorar la competitividad o disminuir los valores de los servicios.

El objetivo de fomentar el desarrollo de los mercados de capitales locales mediante la diseminación del capital de las nuevas prestadoras en los mercados bursátiles y la consecuente creación de un *accionariado popular* no tuvo el éxito perseguido. Si bien los procesos de privatización incrementaron sustancialmente el número de accionistas<sup>82</sup> y mejoraron sensiblemente la capitalización bursátil de

---

no menor a US\$ 100 millones) y someterla para revisión a la OMB. El análisis debe identificar el problema, determinar si él es resultado de las regulaciones existentes, identificar alternativas y la opción de no regulación en absoluto así como examinar los costos y beneficios de la regulación propuesta y sólo adoptar la regulación cuando exista una determinación razonable de que los beneficios perseguidos justifican los costos a incurrir.

<sup>80</sup> Encabezada por el vicepresidente Gore y con un equipo de 260 personas, este programa -conocido por las siglas REGO- perseguía eliminar 252.000 puestos de trabajo y reducir el gasto en US\$ 108 billones.

<sup>81</sup> Ver, al respecto, Eisner, Worsham y Ringquist, "Contemporary regulatory policy", ob. cit., págs. 47/56.

<sup>82</sup> Se señala así que mientras al comenzar en 1981 el proceso de privatización británico existían aproximadamente dos millones de accionistas, la venta de British Telecom, British Gas y otras empresas permitieron cuadruplicar ese número.

los mercados locales, la venta de los paquetes mayoritarios a grupos de control<sup>83</sup>, la escasa liquidez resultante, la alta volatilidad de algunos mercados -como los latinoamericanos- y la creciente tendencia mundial de las empresas a preferir cotizar en los principales mercados bursátiles como el *NYSE* o el *NASDAQ* han desalentado en numerosos supuestos la permanencia de esos nuevos accionistas<sup>84</sup> quienes, en general, adquirieron carteras de valor poco significativo.

En igual sentido, cabe destacar negativamente el costo social incurrido ante la ausencia de una política adecuada para guiar a los trabajadores despedidos como consecuencia de la inevitable reducción de personal en las ex-empresas estatales -en numerosos supuestos con importantes sumas de dinero pródigo de la instrumentación de programas de retiro voluntario (*PRV*)- en su reinserción laboral. Clásico ejemplo de ello resultaron los visibles fracasos observables durante la década de los '90 en microemprendimientos tales como videoclubes, maxi quioscos, empresas de remises, etc.<sup>85</sup> así como el aumento desproporcionado del consumo.

Admitida mayoritariamente la conveniencia de un control judicial suficiente de las decisiones administrativas en este ámbito<sup>86</sup>, la experiencia indica que los tribunales intervinientes no cuentan siempre con la competencia técnica necesaria para resolver las cuestiones que se le plantean en estas materias.<sup>87</sup> Estas deficiencias suelen potenciarse ante el hecho indiscutible que, en mercados como los actuales -de innegable interrelación- decisiones que se adopten en aspectos específicos como la inter-

---

<sup>83</sup> Diferencia esencial entre los procesos desarrollados en América Latina -al intentarse atraer así a operadores internacionales de renombre- y Gran Bretaña.

<sup>84</sup> En casos excepcionales como el de la petrolera argentina YPF, la oferta pública de adquisición de control efectuada por Repsol a valores que duplicaban los abonados durante la privatización llevaron a que los accionistas minoritarios vendieran su participación obteniendo importantes ganancias.

<sup>85</sup> En otros supuestos, trabajadores mejor orientados crearon cooperativas u organizaciones de otra naturaleza destinadas a prestar servicios a las nuevas operadoras y celebraron convenios con ellas.

<sup>86</sup> Con contadas excepciones como la posición desarrollada en los Estados Unidos por Landis durante el *New Deal*. Ver, al respecto, Tawil, "Dos aniversarios en el derecho administrativo comparado: A 100 años de la ley Santamaría de Paredes y 50 del *The Administrative Process* de Landis", ob. cit., págs. 79 y ss.

<sup>87</sup> Ello no debe llevar al error de eliminar la revisión judicial de las decisiones de los entes administrativos. Sobre el punto, nos hemos referido extensamente en nuestra obra "Administración y Justicia" ya citada. Basta recordar nuevamente aquí las palabras del recordado profesor italiano Vittorio E. Orlando ("Principios de derecho administrativo", trad. española de la 2da. ed. italiana de 1892, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1978, págs. 242 y ss), quien señalaba en 1892 que "el equívoco consiste en creer que para aplicar bien una ley, es necesario tener un conocimiento especial y profundo. Si así fuese, no podría decidirse ninguna litis con verdadero conocimiento de causa. Por el contrario, todo juez adquiere rápida y no difícilmente los elementos científicos, los principios estrictamente precisos para el conocimiento de la controversia que se le somete. Las partes contendientes se cuidarán de proporcionar por sí mismas estos elementos y los trabajos científicos especiales, sobre todo la jurisprudencia, harán el resto. *Lo que de verdad necesita el juez es sentido jurídico, aquella particular aptitud más fácil de intuir que de definir, mediante la cual, dada la cuestión y dada la ley, se discierne cual es el derecho y cual es la culpa. Este sentido jurídico es el producto de estudios preparatorios generales y, especialmente, de una larga práctica en aplicar la ley. Por esta parte, con toda razón se puede dar vuelta al argumento y considerar que, incluso desde el punto de vista de la capacidad, los magistrados ordinarios serán mucho más idóneos que los funcionarios administrativos. El mayor conocimiento técnico que éstos tienen de aquellas leyes especiales ... será compensado con creces por el mayor sentido jurídico que asegura en el magistrado ordinario una mayor práctica y una particular educación...se supone que en la mayor parte de las controversias administrativas se hace cuestión no de derecho sino de hecho...las instituciones procesales disponen ampliamente sobre el modo de procurarse la comprobación de aquellos elementos de hecho, incluso por medio del dictamen de hombres técnicos (peritos), especialmente versados en aquel género de dudas a que dicha comprobación puede dar lugar"* (el resaltado nos pertenece).

conexión telefónica, la generación eléctrica o la política de cielos abiertos en materia de transporte aerocomercial, producen efectos directos en muchos otros sectores difícilmente previsibles para los magistrados intervinientes y que otorgan a sus decisiones un interés que excede el típico conflicto entre partes.

Desde esa óptica, ciertos países han desarrollado mecanismos alternativos de solución de conflictos en algunos campos específicos. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Chile donde la regulación ha establecido detalladamente en materia de telecomunicaciones procedimientos de arbitraje y apelación. Los conflictos que se presentan entre los prestadores y el regulador sobre precios son resueltos mediante un panel arbitral de tres miembros, designando cada uno de ellos a uno de los miembros y el tercero de mutuo acuerdo. A su vez, los conflictos respecto al ingreso al mercado son resueltos por una comisión antimonopólica con posibilidad de apelación ante la Corte Suprema.

En otros supuestos, la insuficiencia de las vías judiciales locales para resolver conflictos de esta naturaleza han llevado a la invocación de los acuerdos bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones suscritos a partir de comienzos de la década de los '90 por diversos países de la región<sup>88</sup> y el sometimiento de las controversias por parte de inversores extranjeros a arbitraje internacional, especialmente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial.<sup>89</sup>

La participación de los usuarios en el control de servicios públicos es otro de los temas que ha generado serios debates en la región.<sup>90</sup> Reconocido que los usuarios cuentan con intereses relevantes en aspectos tan variados como el derecho de acceso y calidad del servicio (presión del gas, calidad de las telecomunicaciones, tensión eléctrica, potabilidad del agua), la continuidad de las prestaciones, las estructuras tarifarias y la atención a necesidades sociales acuciantes (telefonía pública, etc.), la discusión se ha centrado en el alcance de dicha participación y los mecanismos más efectivos para asegurarla.

Prevista en algunos supuestos inclusive en normas de rango constitucional<sup>91</sup> e íntimamente ligadas tanto con la garantía al debido proceso -el derecho de oír a los interesados antes del dictado de

---

<sup>88</sup> Consecuencia directa del abandono de la doctrina Calvo.

<sup>89</sup> Allí se suscitan en la actualidad diversos arbitrajes que involucran a Argentina, Chile, Paraguay, Perú, México, Estados Unidos, Honduras y Venezuela.

<sup>90</sup> Al respecto, ver Bloch, Denise, "Procedimiento de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, marzo 2000, año XXII, número 258, págs. 71 y siguientes.

<sup>91</sup> Señala así el artículo 42 de la Constitución Argentina (reformada en 1994) que "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 discriminación de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control".

aquéllas decisiones que pudieran afectarlos consecuencia de aquél- como con la transparencia en el obrar estatal<sup>92</sup>, el alcance de tal participación ha sido objeto de serias discusiones.<sup>93</sup>

Mientras que en países como los Estados Unidos ella ha sido recogida expresamente especialmente en los procedimientos formales e informales de *adjudication* y *rulemaking*<sup>94</sup>; en sistemas como el británico -donde la discrecionalidad administrativa en el ámbito de la regulación resulta la regla general- la participación pública en la regulación ha tenido, por el contrario, escasa acogida.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> La mayor parte de la doctrina coincide con este criterio. Algunos autores como Gordillo ("Tratado de derecho administrativo", 2, segunda edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, pág. X-1) le atribuían también importancia como garantía de razonabilidad, mecanismo de formación de consenso y elemento de democratización del poder. En este último aspecto se ha suscitado cierta polémica en la medida que otros autores consideran a esa visión como contraria a aquéllos preceptos constitucionales que -como el artículo 22 de la Constitución Argentina- señala que "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución." Ver, así Cassagne, Juan Carlos, "La participación pública en el control de los servicios públicos", en "Estudios de derecho administrativo", II, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, págs. 197 y ss.).

<sup>93</sup> En tal sentido, cabe destacar los dos pronunciamientos emitidos por la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la ciudad de Buenos Aires, en la causa "Youssefian, Martín c/ Estado Nacional (Secretaría de Comunicaciones) s/ amparo ley 16.986". En el primero de ellos, el tribunal consideró que el artículo 42 de la Constitución exigía la audiencia pública como método de participación de los usuarios. Conocidas las fuertes críticas que tal criterio había generado en la doctrina especializada, en un pronunciamiento posterior en la misma causa el mencionado tribunal modificó parcialmente su posición al señalar que si bien la audiencia pública resultaba un mecanismo apto para ello no invalidaba otros modos posibles de participación.

<sup>94</sup> Al respecto ver Tawil, Guido Santiago, "Administración y Justicia", I, Buenos Aires, Depalma, 1993, págs. 193 y ss. El proceso informal de *notice-and-comment* resulta similar al procedimiento de documentos en consulta utilizados en algunos países.

<sup>95</sup> Con excepción al derecho de acceso, las leyes privatizadoras británicas contienen escasas referencias a los usuarios, como consecuencia de la confianza en el mercado y la concurrencia con fuerza suficiente para asegurar sus intereses. A pesar de ello, los entes reguladores han desarrollado actividades relevantes en ese sentido, especialmente respecto a la calidad y precio de los servicios ofertados y las vías para reclamar a las prestadoras. Así diversos entes como OFTEL suscribieron acuerdos con los prestadores (*British Telecom*) sobre la calidad del servicio telefónico y las leyes de electricidad y agua facultaron a los entes reguladores para reglamentar estándares de calidad y establecer mecanismos de reclamación. Por su parte, la legislación británica del gas introdujo una institución hasta ese momento desconocida, el *Gas Consumer's Council*, entidad pública autónoma encargada de representar los intereses de los particulares, tramitar sus reclamaciones e investigar y hacer oír su voz ante las prestadoras de servicio y frente al OFGAS a quien debe remitir sus conclusiones. Dentro de las decisiones más relevantes adoptadas por el OFGAS en relación a la posición dominante de *British Gas* caben destacar el haber canalizado reclamaciones de consumidores industriales de gas contra el comportamiento anticompetitivo, abusivo y discriminatorio del prestador hacia la Comisión de Monopolios y Fusiones y algunas regulaciones relacionadas con las condiciones de desconexión y el control del ejercicio de dicha facultad por parte de *British Gas* en los casos de falta de pago de las tarifas y la ausencia de claridad en las facturas por la provisión de servicios. Por su parte, la *Water Act* de 1989 previó la participación de los usuarios mediante la constitución de los *Customers Service Committees*, encargados de la defensa de los intereses de los usuarios y de investigar cualquier reclamación, trasladando sus quejas a las autoridades. Se ha criticado, sin embargo, que sus miembros sean designados por el Director General de Servicios del Agua. Nuevas quejas sobre la calidad del servicio sirvieron de fundamento al Libro Blanco *Citizens Charter* de julio de 1991 donde se propuso incrementar las potestades de los entes reguladores a fin de fijar un nivel de calidad garantizado, asegurar el cumplimiento de estándares, exigir a los prestadores introducir mecanismos de reclamación y requerir a las compañías que informen a los usuarios sobre la calidad de servicios. Cfr. Villar Rojas, "Privatización de servicios públicos", ob. cit., pág. 266.

En tal sentido, a pesar de cierta creencia generalizada, mecanismos como el de audiencia pública no resultan comunes ni mucho menos regla general en todos los sistemas.<sup>96</sup> Mas aún, si bien algunas normas vigentes<sup>97</sup> y diversos proyectos legislativos la contemplan en forma creciente<sup>98</sup>, la realidad indica que la generalización de este procedimiento no cumplirá siempre efectivamente con el loable propósito de otorgar una verdadera participación a los usuarios.

Por el contrario, en la mayor parte de los supuestos las audiencias públicas persiguen únicamente otorgar legitimación política a decisiones ya adoptadas, generan debates innecesarios y sin relación directa con la temática en cuestión y dificultan innecesariamente la adopción de decisiones administrativas como consecuencia de una creciente politización de los temas involucrados.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> Respecto a su utilización excepcional en Gran Bretaña en relación a la revocación o modificación de licencias para las líneas aéreas ver Prosser, Tony, "Law and the regulators", Oxford, Clarendon Press, 1997, pág. 238.

<sup>97</sup> Ver, así la ley 20/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, que prevé en su artículo 22 que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios deberán ser oídas, en consulta, en las disposiciones de carácter general sobre cuestiones que afecten directamente a los consumidores o usuarios. La audiencia resulta preceptiva en los supuestos de precios y tarifas de servicios en cuanto afecten directamente a los consumidores y usuarios y se encuentren legalmente sujetos al control de las Administraciones Públicas, condiciones generales de los contratos de empresa que presten servicios públicos en régimen de monopolio. Como bien señala Bloch, ("Procedimientos de participación...", ob. cit., págs. 80 y ss.) los procedimientos de audiencia pública han sido recepcionados en la Argentina, de diverso modo. En materia eléctrica la ley 24.065 los prevé para supuestos de construcción o modificación de instalaciones; fusión o adquisición de acciones entre transportistas o distribuidores; modificación de tarifas; definición de actos de generadores, transportistas o usuarios como violatorios del ordenamiento jurídico; con carácter previo a la determinación de la conveniencia, utilidad y necesidad de las ampliaciones del transporte, etc. En el ámbito aeroportuario, la Resolución ORSNA n° 173/98 que reglamenta las consultas de opinión autoriza al ente a convocarla en los supuestos en que la trascendencia del asunto así lo amerite; en el ámbito de las telecomunicaciones, la Resolución n° 57/96 de la Secretaría de Comunicaciones aprobatoria del Reglamento General de Audiencias Públicas y Documentos de Consulta para las Comunicaciones autoriza su convocatoria cuando se trate de cuestiones esencialmente técnicas y la Resolución ETOSS n° 140/95 en materia de agua potable dispone que los supuestos de convocatoria serán determinados por el directorio en cada caso particular conforme a razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

<sup>98</sup> Algunos proyectos legislativos han pretendido -con loable intención pero discutible aplicación práctica- propugnar la convocatoria a audiencia pública previo a la adopción de decisiones de carácter general que afecten directamente a todos o parte de los usuarios; con anterioridad al dictado de actos administrativos vinculados a la gestión de un servicio público que produzcan efectos de significativa trascendencia sobre toda o parte de los usuarios; previo al otorgamiento, prórroga, renovación o modificación de un título para la prestación de servicios públicos; en los casos en que lo estipulen las normas de un servicio público; cuando lo considere conveniente para el interés general. Ver, así lo establecido en el artículo 79 del proyecto de ley destinada a establecer un régimen legal general de las concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas aprobado por resolución del Ministerio de Justicia n° 421/97 en la República Argentina.

<sup>99</sup> Tal como señalamos en ocasiones anteriores al referirnos a este tipo de propuestas, establecer la obligatoriedad del procedimiento audiencia pública en forma exagerada podría llevar en la práctica a que toda decisión administrativa deba ser presidida de una audiencia pública, afectando la inmediatez y eficacia de la labor administrativa. En la medida en que los entes reguladores emiten diariamente un número importante de actos de alcance individual o general que repercuten directamente sobre el servicio y sus usuarios, el principio establecido importaría sujetar la validez de cada uno de dichos actos al cumplimiento del procedimiento de audiencia pública. En tanto ello importaría convocar diariamente a decenas de procedimientos de audiencia pública -cuya celebración demandaría la dedicación prácticamente exclusiva del personal y presupuesto de los entes a ese propósito o exigiría un incremento significativo de ellos- el resultado práctico de esta situación derivaría en un inmovilismo estatal sea por los procedimientos engorrosos a que se sujetarían las decisiones estatales o la natural reticencia que enfrentarían los órganos administrativos ante de dictar actos que requieran seguir tales procedimientos. En cualquier caso, se perjudicará la prestación del servicio, afectándose a quienes supuestamente debieran resultar beneficiarios del sistema propuesto, es decir, a los usuarios. Ver, al respecto Tawil, Guido Santiago "A propósito del proyecto de ley de concesiones,

Desde esa óptica la utilización de dichos procedimientos adquiere verdadera significación en los supuestos en que se debate la instauración de un nuevo sistema o modificaciones relevantes al existente. Por el contrario, su utilización en casos de aplicación directa de previsiones legales o contractuales carece de sentido y obstaculiza innecesariamente la actuación administrativa en tanto la participación debe ser efectiva y los procedimientos mencionados -particularmente la audiencia pública- encuentran justificación únicamente en aquellos supuestos donde las opiniones vertidas resultan aptas para modificar la decisión a adoptarse.<sup>100</sup>

Más útil resultan a nuestro entender sistemas como los denominados "documentos de consulta" -mediante los cuales la autoridad administrativa convoca a consulta escrita a diferentes partes que tuvieran interés o injerencia en el tema propuesto<sup>101</sup>- o mecanismos de propuestas normativas abiertas a debate por un período de tiempo predeterminado a través de sus *sites* de Internet y sugerencias mediante correo electrónico, tal como lo hacen con frecuencia los entes reguladores norteamericanos.

Otro problema relevante es el relacionado con la llamada revisión o renegociación de los contratos originales. Consecuencia tanto de errores en el diseño original<sup>102</sup>, como de modificación en las condiciones que rodean la prestación del servicio y presiones de los sectores involucrados, ellos se han suscitado cada vez mas en los últimos años.

Mas allá de las resistencias que pudiera generar, la revisión de contratos a largo plazo no resulta por sí inconveniente en la medida en que difícilmente pueda suponerse que acuerdos que por lo general superan los treinta años y en algunos supuestos alcanzan a los noventa ó noventa y cinco años puedan subsistir en idénticas condiciones que las establecidas inicialmente. En tales supuestos, lo esencial radica en preservar la transparencia e informar debidamente a la ciudadanía respecto a las condiciones y elementos en discusión.

licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, septiembre de 1999, año XXI, número 252, pág. 39.

<sup>100</sup> Ver, al respecto, Tawil, "El procedimiento administrativo ante entes reguladores", ob. cit., págs. 265/266, donde señalamos que "desde esa óptica, más allá de reconocerle a los ciudadanos su derecho a expresarse, no beneficia a la labor administrativa, por ejemplo, discutir las ventajas y desventajas de un sistema político y económico, el desempeño de los gobernantes e inclusive de los concesionarios de servicios públicos en aquellos supuestos donde se debate un ajuste tarifario semestral (aumento en invierno y disminución en verano) como consecuencia de las variaciones de precio de un insumo estacional".

<sup>101</sup> Tal consulta puede limitarse a actores en el mercado, comisiones asesoras o -en los casos en que así corresponda- requerirse la participación de cualquier interesado mediante publicación del documento en consulta en el Boletín Oficial. Estos mecanismos han sido utilizados en la Argentina por la Resolución de la Secretaría de Comunicaciones N° 57/96 y en la Resolución N° 173/98 del ORSNA en el ámbito aeroportuario, previendo esta último la posibilidad de consultas restringidas (dirigidas exclusivamente a los miembros del Consejo Asesor ya integrado por diferentes organismos públicos y representantes de usuarios) y amplias (destinadas a otros entes, organismos, asociaciones intermedias, el Defensor del Pueblo, etc.).

<sup>102</sup> Como supuestos de errores en el diseño se han señalado en la Argentina las exigencias licitatorias que requerían ofertas con distintas variables (ferrocarriles de cargas y corredores viales), la inclusión de planes de inversiones atados a proyecciones de demanda (ferrocarriles de carga), pagos de canon atados a proyecciones de demanda (puerto de Buenos Aires) o la previsión de períodos de concesión muy cortos (ferrocarriles de pasajeros con sólo 10 años), etc.<sup>102</sup> Ver, así, Fiel, "La regulación de la competencia de los servicios públicos", ob. cit., pág. 33.

Particular relevancia ha asumido en general la discusión relacionada con el rol que compete a los entes reguladores así como al Poder Ejecutivo y al Congreso en materia de regulación.

La experiencia norteamericana y, en menor medida, la adquirida en los países de la región ratifica la conveniencia de contar con entes reguladores independientes, neutrales y aislados de la política. Mientras que a los entes reguladores les compete la aplicación de los marcos regulatorios, corresponde a los restantes poderes definir las políticas sectoriales.<sup>103</sup> En tal sentido, en algunos países como la Argentina se ha observado una preocupante confusión entre ambos roles, pretendiendo algunos entes fijar políticas o exigir el cumplimiento de conductas que exceden la debida prestación del servicio.

Si bien en algunos países de la región se ha seguido parcialmente en este campo el esquema británico de regulador individual, la excesiva discrecionalidad reconocida a sus reguladores torna al modelo británico inaplicable en forma estricta en nuestros sistemas.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> A diferencia de lo que acontece en sistemas como el argentino en donde las decisiones de numeroso entes reguladores son susceptibles de alzada ante la Administración (afectando notablemente su independencia), en el esquema norteamericano el presidente no puede dejar sin efecto las decisiones de los entes en cuestiones particulares, aún cuando puede despedir al regulador. Se ha señalado así con acierto, que el presidente Andrew Jackson no pudo revertir la decisión de su Secretario del Tesoro cuando éste rechazó extraer fondos públicos del Banco de los Estados Unidos aún cuando pudo -y en efecto lo hizo- despedirlo. Como consecuencia de ello, quienes encabezan los entes reguladores tienen considerable autonomía en la medida en que los presidentes difícilmente desean prescindir de ellos si no es por una cuestión particularmente importante. Ver, así, Breyer, "Regulation and its reform", ob. cit., pág. 359.

<sup>104</sup> En Gran Bretaña, las diferentes leyes privatizadoras crearon entes o agencias públicas responsables de administrar la regulación bajo la figura de *public corporations*. Tras una discusión inicial respecto a la conveniencia de establecer una sola agencia responsable de todos los servicios públicos regulados o una agencia para cada sector, la mayor parte de los entes se organizaron siguiendo el modelo establecido en la *Office of Telecommunications* (OFTEL) creada por la *Telecommunications Act* de 1984, siguiendo el modelo de la *Office of Fair Trading*. Según este esquema -seguido posteriormente en la organización de las restantes agencias (OFGAS, OFFER y OFWAT)- el regulador cuenta como funciones centrales las de asegurar el servicio universal y fomentar la concurrencia a favor de los consumidores. Sus rasgos peculiares -entre los que se destacan particularmente la facultad de modificar el contenido de los títulos que habilitan a las empresas reguladas para prestar el servicio y la enorme discrecionalidad atribuida a ellas<sup>104</sup>- las diferencian notablemente de otros entes reguladores como los norteamericanos o los argentinos, sujetos a procedimientos predeterminados. Esa discrecionalidad deriva en una constante negociación -no formalizada- entre el ente regulador y las empresas reguladas. Si bien no se ha cuestionado en general la honestidad de los funcionarios británicos, el procedimiento utilizado resulta claramente opuesto al de los entes reguladores norteamericanos en donde el cumplimiento de procedimiento preestablecidos y la publicidad de las decisiones adoptadas por los entes resultan en general la regla. Clara prueba de la discrecionalidad señalada es el artículo 3º de la *Telecommunications Act* de 1984 que dispone que el Secretario de Estado y el Director General de la OFTEL tienen la obligación de ejercer las potestades conferidas por la Ley "del modo que consideren más oportuno" para... "garantizar que se presten en todo el Reino Unido, salvo en la medida en que su provisión sea impracticable o no razonablemente practicable, servicios de telecomunicaciones que satisfagan toda demanda razonable de ello, incluyendo, en particular, servicios de emergencia, cabinas públicas, servicios de información, servicios marítimos y servicios en áreas rurales...; favorecer los intereses de los consumidores, compradores y otros usuarios..., actuando sobre los precios, la calidad y la variedad de los servicios...; mantener incentivada la competencia entre los gestores u operadores de los servicios; promover la eficiencia y economía de los productores...; permitir a los operadores británicos competir eficientemente fuera de Gran Bretaña, ...". Los entes británicos se encuentran dirigidos por un director general -designado por un ministro del Gobierno- y se encuentran integrados por el personal que contrate dicho director general y los medios materiales puestos a su disposición para la realización y cumplimiento de sus obligaciones. Carecen de personalidad jurídica propia e institucionalmente son considerados un departamento no ministerial de Gobierno en tanto la ley de creación imputa las potestades y las obligaciones directamente

En el caso del Congreso, corresponde a él diseñar los marcos regulatorios y aprobar los presupuestos sectoriales. No compartimos la posición de quienes propugnan la intervención directa del Poder Legislativo –en forma colegiada o individualmente– en las tareas de control. En tal sentido, se ha observado con preocupación la participación de algunos legisladores invocando su calidad de tales en audiencias públicas o acciones judiciales, suscitando innecesaria confusión con el rol que les ha sido otorgado.

No puede dejar de señalarse, finalmente, ciertos conflictos presentes especialmente visibles en los sistemas federales. A la superposición de competencias en sectores tales como el de protección del medio ambiente se suman los frecuentes conflictos presentes entre las autoridades federales y locales en materia de jurisdicción, generando una preocupante inseguridad entre los participantes del mercado<sup>105</sup>.

#### *V. Las reformas pendientes y sus efectos políticos en la región.*

Numerosas reformas relevantes como las plasmadas en la transferencia de actividades anteriormente prestados por el Estado al sector privado, la liberalización del comercio y la desregulación de la economía fueron aceptadas en general y no sin resistencias como soluciones necesarias en contextos de inestabilidad económica.

Efectuadas mayoritariamente tales reformas, nuestra región afronta en la actualidad el desafío de implementar un segundo nivel de reformas institucionales que permita consolidar lo realizado y ahuyente las dudas que un contexto actual desfavorable parece haber potenciado. Sin tales reformas, las presiones para apartarse del mercado se incrementarán y los sacrificios realizados podrían resultar en vano.

Culminados la mayor parte de los procesos de privatización en la región, el principal desafío a enfrentar en la actualidad se centra en obtener una mayor eficiencia y reducción de costos mediante la implementación de una regulación mas adecuada de la competencia en todos aquellos ámbitos en los que resulte posible.

Tales reformas –a ser realizadas necesariamente en un marco de consenso con los prestadores a fin de evitar afectar innecesariamente la seguridad jurídica y el flujo de inversiones en la región–

---

a la persona del director. A pesar de ello cuentan con autonomía financiera, presupuesto aprobado por el Parlamento y recaudan recursos por los importes abonados al otorgarse licencias (cfr. así el artículo 4 de la *Telecommunications Act*). Se caracterizan por el escaso control parlamentario sobre su actividad, una importante autonomía respecto a la Administración Central y el carácter esporádico de la revisión judicial debido a la complejidad técnica de las materias involucradas y la reticencia de los jueces a intervenir en tales campos.

<sup>105</sup> Ellos se han observado en la Argentina materia de electricidad, por ejemplo, ante la negativa de diversas provincias a reconocer la participación de generadores externos a la provincia en la celebración de contratos de abastecimiento a término con usuarios provinciales. Asimismo, se han observado crecientes conflictos como consecuencia de cuestionamientos provinciales a decisiones federales en materia de exportación de energía ante la incidencia que ellos han producido en los precios internos de la electricidad.

permitirá una mayor competitividad de la economía como consecuencia de la natural reducción de costos y aumento en la oferta de servicios. Como bien se ha señalado, aún cuando los procesos de reforma fueron iniciados en algunos países bajo gobiernos no democráticos, el afianzamiento del modelo resultará decisivo no sólo para el futuro económico de la región sino también para la consolidación de los sistemas democráticos<sup>106</sup>.

La implementación de las reformas pendientes de ejecución continuará generando oposiciones considerables ante las conocidas críticas a las anteriormente realizadas y la creciente presión de sectores cuyo desarrollo requiere políticas proteccionistas.

En tal sentido, un diseño regulatorio correcto no puede desconocer la existencia de asimetrías informativas, acciones de grupos de interés, tensiones políticas, debilidades institucionales y otros elementos que obligan a sacrificar en numerosos supuestos la eficiencia.

En estas condiciones, uno de los desafíos principales de quienes diseñan las políticas es responder una percepción pública negativa con mejor información<sup>107</sup> y con políticas que permitan aminorar los efectos no deseados de reformas estructurales. La competencia se transforma así en uno de los medios principales para asegurar al usuario que el nuevo mercado es equitativo, al menos respecto al acceso y las reglas del juego<sup>108</sup>.

Las reformas económicas deben ser acompañadas por políticas educativas y sociales igualmente relevantes. Programas destinados a luchar contra la pobreza, mejorar los sistemas de salud, asistencia y seguridad social resultan indispensables para complementar las políticas de competencia, satisfacer otras demandas sociales y mantener el consenso y apoyo en el sistema.

La consolidación de los sistemas de control y particularmente su independencia asumen en este contexto una importancia decisiva. Si bien los procesos de reestructuración y apertura de mercado han resultado particularmente exitosos, las transformaciones han sido efectuadas en numerosos supuestos sin que los mecanismos de control funcionaran adecuadamente. Este fenómeno ha afectado innecesariamente la confianza en el sistema y exige centrar los esfuerzos en el desarrollo de instituciones de control prestigiosas, independientes y de alta capacidad técnica. En todos los casos, ello debe ser realizado con suma prudencia a fin de ratificar el debido funcionamiento del Estado de Derecho y demostrar que las reglas establecidas resultan claras y serán preservadas en el tiempo<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Tulchin, Joseph S., "Preface", en "Competition policy, deregulation and modernization in Latin America", Rienner, Colorado, 1999, pág. VII.

<sup>107</sup> La información es en estos casos un elemento tan decisivo para el éxito de estos procesos como la educación para el crecimiento de una nación. Se ha señalado así que la educación incrementa el crecimiento en forma directa dada su mayor contribución a la acumulación de capital humano e indirectamente en función de su impacto positivo en la productividad. Si la fuerza de trabajo recibiera un año adicional de educación más allá de las actuales tendencias, el crecimiento podría ser superior al 6,5% del PBI. En 10 años, la ganancia adicional en ingresos sería del 5%, en 20 del 16%. Combinando mejores políticas económicas y de educación el ingreso per cápita podría incrementarse un 20% en los próximos 10 años y un 50% en las dos décadas. Cfr. Lora y Barrera, "A decade of...", ob. cit., pág. 5.

<sup>108</sup> Tulchin, Joseph S., "Regulatory regimes and the consolidation of democracy in Latin America" en "Competition policy...", ob. cit., págs. 267/268.

<sup>109</sup> Tulchin, "Regulatory regimes and the consolidation of democracy in Latin America", ob. cit. págs. 267 y ss.

Finalmente, no cabe duda que toda reforma política y económica de envergadura trae aparejada inevitablemente costos sociales relevantes. En ese contexto, la transparencia del obrar estatal y la percepción que tenga la ciudadanía respecto al accionar de sus dirigentes resultará un elemento relevante en la necesaria credibilidad y apoyo con que debe contar todo quien persiga efectuar exitosamente cambios de semejante importancia.