

Entes reguladores de los servicios públicos

Walker San Miguel

Introducción

Los países de América Latina han atravesado por el proceso de privatización de las empresas públicas. Con pocas excepciones servicios tales como las telecomunicaciones, la distribución de electricidad, el transporte aéreo y hasta la distribución de agua potable han sido transferidas, para su administración y prestación a empresas privadas.

Dicho proceso no se ha limitado a dicha transferencia, sino que ha sido necesario erigir un nuevo marco normativo –conocido como marco regulatorio– por medio del cual el Estado, amparado en las potestades que por la constitución y las leyes tiene, modula y arbitra a los agentes económicos (empresas que prestan los servicios y usuarios) con la finalidad de garantizar una prestación eficiente del servicio, la protección de los intereses de los usuarios y el aumento de la competencia en los mercados.

El presente trabajo tiene por objeto mostrar las características de la regulación, como concepto jurídico y económico, los órganos reguladores, sus características y atribuciones; y fundamentalmente resaltar los fines que persigue la regulación que viene siendo aplicada en nuestros países.

El concepto de regulación

El término regulación tiene connotaciones jurídicas y económicas. Mientras para el Derecho es un conjunto de reglamentaciones dictadas en función del poder de policía, para la economía es un conjunto de reglamentaciones abstractas que atienden al interés general de la población.

Para explicar mejor el efecto de la actividad reguladora del Estado diremos que, la tarea regulatoria consiste en una “interferencia” pública por parte de la administración en el mercado, inmiscuyéndose, en alguna medida, en las

opciones del sujeto. Se dice que la administración no sustituye la actividad económica que regula, sino que desvía lo que ocurriría de otra manera.

La intervención del Estado en la economía implicó un amplio poder, y por tanto una vasta facultad regulatoria. El Estado tenía a su cargo la prestación directa de los servicios públicos y consecuentemente hacía uso de sus facultades reglamentarias e imperativas. El poder de policía se imponía para garantizar la adecuada marcha de los servicios públicos.

Empero, la privatización de los servicios públicos que implicó la transferencia de la propiedad del Estado en favor de particulares modificó la tarea y el rol de la administración pública y concretamente de la regulación. Es por ello que hoy en día esta tarea regulatoria tiende a rectificar la acción de los mercados cuando se estima que éstos son imperfectos y tiende también a incorporar competencia en sectores monopolísticos. Economía y Derecho se imbrican en objetivos comunes: lograr mayor eficiencia, precios y tarifas justas, prohibir prácticas anticompetitivas, otorgar mayor protección a los usuarios.

El principal fundamento para la intervención regulatoria es la equidad. El Estado busca alterar la distribución del ingreso, hacer más eficiente la prestación de los servicios públicos, mejorar la asignación de recursos, restringir prácticas monopólicas o anticompetitivas para lograr mayor equidad en la sociedad destinataria de los servicios.

La facultad regulatoria del Estado se hace indispensable tratándose de monopolios naturales. No debe perderse de vista que los servicios públicos de gas, electricidad, teléfonos, agua potable y otros que eran atendidos directamente por el Estado a través de empresas públicas eran en su generalidad monopolios estatales. Al ser transferidos a los operadores privados mediante la privatización, tales monopolios estatales, en mayor o menor medida continuaron siendo monopolios.

La doctrina del monopolio natural afirma que para que ésta sea eficiente y cumpla a cabalidad su cometido de prestación social de un servicio público requiere de regulación. Diversos autores distinguen el monopolio natural del artificial indicando que el primero debe ser preservado por razones de corte económico. Sólo se logra mayor eficiencia –afirman– con un solo productor, pues éste ha realizado elevadas inversiones de capital para prestar servicios de primera necesidad de la población y precisa una adecuada rentabilidad, a la par que debe otorgar tarifas equitativas, y ello sólo puede lograrse con economías de escala. En suma, éstos y otros aspectos hacen que sea muy difícil que exista más de un operador en un determinado sector. La regulación del monopolio natural tenderá a lograr servicios más eficientes, tarifas justas para los usuarios y evitar prácticas abusivas.

En cambio, frente a un monopolio artificial, donde existe un solo operador en un sector que admite varios, la regulación debe tender a dismantelar el monopolio, impulsando la competencia, promoviendo el ingreso de nuevos competidores, lo cual a la postre dará como resultado mayor eficiencia en el mercado, producirá la rebaja de precios y eliminará las prácticas abusivas del monopolista.

Fundamentos de la regulación

El Estado tiene varios mecanismos para intervenir en la economía. Por un lado posee facultad de aplicar subsidios –lo cual implica por supuesto erogaciones fiscales muy fuertes. Puede también omitir ingresos por medio de exenciones impositivas que favorecen a ciertos sectores. Además puede optar por instituir regulaciones tendentes a “establecer las condiciones y asegurar el funcionamiento del orden de competencia” NOTA1 –como anota el español Fuentes Quintana– o a “interferir directamente en el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y empresas” como prefiere Argandoña, entre algunas de las definiciones que podemos anotar para definir la actividad regulatoria.

Algunas de tales prácticas tienden a controlar o prevenir conductas abusivas de los productores de bienes o servicios, otras tienden a proteger al consumidor por considerar que éste se encuentra desprotegido informativamente frente a las empresas prestadoras de los servicios. Suele también referirse a una clasificación respecto a regulaciones de fomento, regulaciones de control y regulaciones de información.

Las regulaciones de fomento tratan de favorecer a ciertos productores y operadores; las de control procuran corregir fallas del mercado, evitar prácticas monopólicas o abusivas en perjuicio de los consumidores, y las de información tienen por objeto proteger a personas que se encuentran en situación de debilidad, normalmente los consumidores y usuarios de servicios públicos que carecen de la información que en cambio sí poseen las empresas.

Aunque existen diversas teorías sobre la regulación, asumimos que en la postprivatización, en varios países de Latinoamérica, de lo que se trata es de incorporar un adecuado marco regulatorio a los monopolios naturales privatizados y en general a los servicios públicos privatizados.

Al haberse convertido la tarea regulatoria en un aspecto crucial para la eficiencia de los servicios a ser brindados, la acción de los entes reguladores tiene por fundamento la necesidad de defender el interés público ante el riesgo del abuso monopolístico, de las prácticas anticompetitivas o abusivas de los prestadores de servicios públicos así como la de garantizar la eficiencia de los servicios.

Como consecuencia de la tarea de regulación, cada vez más extendida, se ha producido un avance importante de la normativa, al extremo que existen leyes y reglamentos específicos para cada sector sometido a regulación. Por ejemplo el concepto del poder de policía como facultad que tienen los poderes públicos, para imponer límites al ejercicio de los derechos particulares y,



El juicio final, Giotto di Bondone, 1306 (detalle)

armonizarlos con los derechos de la colectividad; es otro de los fundamentos jurídicos que sustenta la actividad regulatoria que se ha impuesto sobre los servicios públicos.

El poder de policía no tiene la connotación tradicional —clásica que le otorgaba un sentido pasivo prohibitivo— ni tampoco es el activismo de fomento o de subsidio. Ahora, el poder de policía se orienta a la actividad del Estado de arbitrar entre los distintos sujetos del mercado: prestadores de los servicios, usuarios y el propio Estado, determinando las facultades, derechos y obligaciones de cada uno de ellos.

A su vez, y como otro fundamento de la actividad regulatoria, la potestad reglamentaria del Estado se ha visto fortalecida para mejorar la convivencia de los ciudadanos mediante las regulaciones de control de los servicios públicos, donde existen una serie de requisitos para la conexión, la prestación del servicio, el grado de eficiencia y calidad en tal prestación, el pago de las tarifas y el modo de fijarlas. En éstos y en otros temas concomitantes, el Estado, por medio de sus órganos reguladores, cumple una función primordial para lograr la equidad.

Servicios públicos sujetos a regulación

La doctrina tiene distintas posiciones respecto a lo que debemos entender por servicio público. Hasta hay quienes plantean la extinción de la noción misma de servicio público.

Lo cierto es que la noción de servicio público es uno de los temas que más análisis y discusiones ha merecido por los tratadistas del Derecho Administrativo, debido fundamentalmente a que el servicio público tiene intrínseca relación con los fines y razón de ser del propio Estado: procurar el bien común y satisfacer las necesidades colectivas.

En el siglo XIX, la concepción política que otorgaba al Estado sólo un papel de gendarme no atendía al interés de la comunidad, dejando en manos de los particulares la satisfacción de las necesidades colectivas. Al producirse cambios sociales y políticos que colocaron al Estado en una posición de gestor del bienestar social, ya nacionalizando empresas productivas y de servicios, ya organizando empresas públicas para prestar el servicio en forma directa, ya fomentando a determinados sectores con subsidios, créditos concesionales y otros medios, la noción del servicio público adquirió notoria relevancia.

En efecto, se consideraba al Estado titular de los servicios públicos, pues, debía él prestarlos a la comunidad (recuérdese toda la teoría respecto a los servicios públicos propios e impropios). Se erigió todo un marco teórico para sustentar el régimen jurídico propio del servicio público, estableciendo sus caracteres jurídicos (continuidad, regularidad, obligatoriedad).

Hoy, la prestación de los servicios públicos por parte de los particulares, luego de producida la privatización de empresas públicas, ha modificado los conceptos tradicionales sobre el tema, aunque la doctrina clásica sigue sosteniendo los aspectos principales del régimen jurídico de derecho público de los servicios públicos.

Así por ejemplo, al admitirse que la prestación de los servicios de interés público general puede otorgarse por los particulares, se reafirman las prerrogativas estatales para el ejercicio del Poder de Policía sobre los servicios. Como veremos más adelante, la concesión de servicios públicos, en la postprivatización, ha adquirido inusitada relevancia jurídica.

También conviene mencionar que el Estado se ha reservado prerrogativas de controlar el funcionamiento de los servicios públicos y el de otorgar el uso de bienes de dominio público a los prestadores de tales servicios bajo la modalidad de permisos y autorizaciones. Y precisamente es la actividad de regulación sobre los servicios públicos la que se ha enriquecido, con nuevas y modernas prácticas y con instrumentos jurídicos, la actividad del Estado en materia de control, fiscalización, fijación de tarifas e intervención para rectificar fallas de mercado, además de otras competencias.

En suma, la noción de servicio público, en la etapa de regulación postprivatización, implica los siguientes elementos: que el servicio público sea declarado como tal por una ley, que responda a una necesidad a ser satisfecha por interés general y que el Estado tenga la facultad de reglamentación.

Existen muchas actividades que podrían ser consideradas como servicio público, pero en este trabajo nos referimos a aquellas que por su importancia vital para la vida y desarrollo de los pueblos han merecido un andamiaje jurídico y técnico más complejo, más aun si han atravesado por un proceso de transferencia de propiedad (del sector público al privado).

Así, las telecomunicaciones, el transporte (aéreo, ferroviario, marítimo y terrestre), la distribución de electricidad, agua potable, gas combustible y carburantes, entre otras, son las actividades de interés general que se han sometido a regulación. Tradicionalmente tales actividades se conocen como servicios públicos, y es sobre los aspectos más sobresalientes de la regulación que nos ocuparemos en adelante.

Entes reguladores

Para cumplir con los fines de la regulación, ha sido necesario que se erijan entes reguladores públicos, cuya característica común es la independencia institucional y la actuación objetiva.

Como tenemos dicho, la regulación se da con más fuerza en la etapa de la postprivatización de empresas del Estado, en un contexto en que los poderes públicos deben otorgar un adecuado marco de garantías a la inversión generalmente extranjera. Por ello, se ha constituido en un elemento primordial la creación de entes reguladores independientes.

Y es que las funciones del regulador son eminentemente técnicas. Fijar precios y tarifas de los servicios, considerar la información que le sea provista por las empresas prestadoras de los servicios (estados financieros, estudios de mercado, estudios de costos y otros) que a su vez servirán de base y fundamento para la toma de decisiones, es una labor que debe ser desarrollada por personal profesional altamente calificado.

Sin embargo, tal independencia o autonomía funcional de los entes reguladores debe ser entendida en su justa dimensión, puesto que la designación de autoridades regulatorias está a cargo del Poder Ejecutivo. Las legislaciones latinoamericanas establecen que la designación debe recaer en personas profesionales y con antecedentes de dominio técnico del área o sector regulado.

Las autoridades regulatorias tienen un margen adecuado de independencia técnica y funcional, pero a su vez responden ante el poder ejecutivo por los resultados de su gestión. Resultaría muy difícil separar completamente a los órganos reguladores del poder ejecutivo, aunque resulta lógico otorgar a los reguladores de servicios públicos del mayor grado posible de independencia.

El órgano regulador debe tener además plena autonomía de organización administrativa interna, debiendo su personal calificado ser seleccionado mediante concurso, garantizándose así idoneidad técnica evitando la interferencia de órganos del poder político en la designación de estos funcionarios.

La autonomía financiera es otra cualidad del órgano regulador. Se le debe permitir fijar su propio presupuesto de gastos. Sus ingresos devienen del cobro de las tasas que deben pagar las empresas prestadoras de servicios, de las multas por infracciones y otros.

Fue en los Estados Unidos donde se produjo la aparición de autoridades reguladoras independientes, luego de la peor etapa de la gran depresión. Una de las causas que habrían provocado la organización de comisiones de regulación fue el fracaso de los denominados métodos tradicionales de regulación y control: el judicial y el legislativo.

Así, podemos nombrar las siguientes comisiones federales:

- *Federal Communications Commission*, creada en 1934.
- *Securities and Exchange Commission*, creada también en 1934.
- *Nuclear Regulatory Commission*, creada en 1974.
- *Federal Energy Regulatory Commission*, creada el año 1977.



El juicio final, Michelangelo Buonarroti, 1537-1541 (detalle)

Además de ellas, desde fines del siglo XIX, existían en Estados Unidos comisiones estatales (state commissions) para regular los ferrocarriles, que posteriormente se extendieron a industrias de gas, electricidad y otras, y que paulatinamente fueron acumulando más funciones y atribuciones sobre estos sectores de servicios.

En Gran Bretaña, país pionero en la ola privatizadora de servicios públicos, se crearon, como departamentos no ministeriales del gobierno, órganos de regulación como los siguientes:

- OFTEL, *Office of Telecommunications*, mediante la Telecommunications Act de 1984.
- OFGAS, *Office Supply of Gas*, creada en agosto de 1986.
- OFWAT, *Office of Water Service and Sewerage*, creada por la Water Act de 1989.
- OFFER, Office of Electricity Regulation, creada por la Electricity Act de 1989.

Aparte de las nombradas, en Gran Bretaña se crearon agencias reguladoras para los mercados financieros y los medios de comunicación, entre otras.

En la Argentina, la Ley de Reforma del Estado 23.696 de 1989 dio paso a la privatización de las empresas públicas que prestaban servicios públicos, y a la par se redefinió la función reguladora del Estado, creándose organismos tales como:

- Ente Nacional Regulador de Electricidad, creado por ley 24.065.
- Ente Nacional Regulador de Gas, creado por ley 24.076
- Ente Nacional Regulador Nuclear, creado por decreto del año 1994.
- Comisión Nacional de Telecomunicaciones, creada por decreto de 1990, modificado por otro de 1993.
- Comisión Nacional de Correos y Telégrafos, creada por decreto del año 1992.
- Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, creado por ley 23.696, que a su vez se encuentra integrado por la Comisión Nacional de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario y la Autoridad del Transporte del Área Metropolitana de Buenos Aires.

En Colombia, se han creado, por la ley 142 del año 1994, Comisiones de Regulación, como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscritas al respectivo ministerio:

- Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico.
- Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.
- Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

Junto a tales comisiones, la legislación colombiana ha creado una Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como entidad encargada del control, inspección y vigilancia de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En Bolivia, concomitante al proceso de privatización de empresas públicas, se ha erigido un Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE), por la ley 1600 del año 1994, con la finalidad de regular, controlar y supervisar aquellas actividades de los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes y saneamiento básico. Los órganos reguladores corresponden uno a cada sector:

- Superintendencia Sectorial de Telecomunicaciones.
- Superintendencia Sectorial de Electricidad.
- Superintendencia Sectorial de Hidrocarburos.
- Superintendencia Sectorial de Transportes.
- Superintendencia Sectorial de Saneamiento Básico.

La misma ley SIRESE establece también la Superintendencia General, ente que además de coordinar actividades comunes de los nombrados entes reguladores, conoce los recursos jerárquicos que se interponen contra los superintendentes sectoriales. A diferencia de Argentina y Colombia donde los órganos reguladores son entes colegiados, en Bolivia cada Superintendencia tiene a una autoridad unipersonal (superintendente) como autoridad máxima del órgano regulador.

Principales funciones de los entes reguladores de servicios públicos

Las entidades reguladoras de servicios públicos tienen entre sus principales funciones, las siguientes:

- Promover y facilitar la competencia.
- Proteger los intereses de los consumidores y usuarios respecto al precio y la calidad de los servicios.
- Garantizar que existan servicios que satisfagan necesidades razonables en materia de servicios de emergencias, información al público, reclamos.
- Asegurarse de que el operador o prestador de servicios públicos esté en condiciones financieras de prestarlos.
- Promover la investigación, desarrollo y uso de nuevas tecnologías.
- Fomentar el libre acceso y uso generalizado de los servicios, instalaciones y conexiones, sancionando conductas discriminatorias.
- Alentar a la inversión privada para ampliar la competitividad.
- Fiscalizar el cumplimiento de obligaciones asumidas por los concesionarios en los contratos de concesión.
- Sancionar las infracciones cometidas por los prestadores de servicios.
- Resolver conflictos o controversias entre dos o más operadores de servicios públicos y entre empresas y usuarios.

De todos ellos es importante destacar que, en el marco regulatorio, se impone a los diversos actores el permitir un acceso no discriminatorio de terceros a las capacidades instaladas en condiciones que convengan a las partes, pero bajo la atenta mirada del ente regulador. Así por ejemplo se consagra el principio de interconexión obligatoria en materia de telecomunicaciones, el libre acceso a ductos que transportan hidrocarburos o gas combustible, la libre interconexión a redes de transporte, entre otros.

Otro de los principios de la regulación, que merece comentario especial, es el de los precios y tarifas razonables. La política de tarifas debe tender a fijarlas en base a los principios de equidad, cuidando que al aplicarlas por parte de los prestadores de servicios públicos, posibilite una razonable tasa de rentabilidad a las empresas al tiempo de guardar relación con el grado de eficiencia y eficacia operativa de la empresa.

Los reguladores pueden consultar precios similares promedio a las actividades de riesgo similares comparándolas nacional e internacionalmente, evitando la formación de precios ocultos que se aparten de costos razonables. Para ello es importantísimo que el ente regulador posea información confiable.

Entre las fórmulas o criterios que se usan para el control y fijación de precios se han distinguido dos modos de regulación económica. Uno de ellos es el control sobre el rendimiento, de acuerdo con el cual el ente regulador fija los precios con el fin de asegurar que las utilidades de las empresas no sean indebidamente altas. A este método se le denomina también maximización de la tasa de retorno (return rate), conocido también como el monto de beneficios obtenidos por la empresa sobre y bajo los costos operativos expresados en un porcentaje de la tasa tomada como base.

La otra modalidad es la fijación de un precio máximo (price-cap), por el cual se coloca un techo o precio tope a productos o servicios de cierto sector, dentro de ese tope se habilita a las empresas a fijar los precios. El regulador establece el límite y las empresas tienen la libertad de cobrar precios por debajo del mismo. En función del índice de precios al consumidor se ajustan las tarifas tope.

Otra de las facultades de los entes reguladores es el control de la calidad de los servicios que se prestan al público. Junto a la calidad del servicio a ser prestado a los usuarios también debe existir una adecuada calidad del sistema de facturación, agilidad en nuevas conexiones y una pronta asistencia técnica en caso de interrupciones del servicio.

Finalmente, conviene señalar que los entes reguladores también poseen facultades para establecer regulaciones de contenido societario de las empresas. Ello surge de restricciones impuestas a la empresa y/o sus accionistas respecto a la libre transferibilidad de sus participaciones accionarias, generalmente devienen éstas de procesos de privatización, donde el Estado adjudica tal o cual servicio público sujetando a la empresa adjudicataria a no transferir –al menos temporalmente– sus participaciones, ya sea porque previamente debe cumplir planes de expansión obligatorios u otras. Eventualmente, pueden admitirse excepciones a la regla siempre con la autorización previa del ente regulador.

Otras restricciones suelen ser impuestas por ley, como las prohibiciones a la adquisición de capital accionario de empresas pertenecientes al mismo sector económico, lo que se denomina también como restricción a la integración vertical. Por ejemplo en la industria eléctrica es normal establecer separación estructural entre lo que es generación eléctrica, transporte y distribución, no pudiendo una empresa generadora tener participaciones en una distribuidora, y viceversa.

Asimismo, suele restringirse la integración horizontal, prohibiéndose fusiones o adquisiciones que tiendan al monopolio o a una posición dominante en el mercado. Se requiere entonces una autorización previa del ente regulador para que puedan darse ese tipo de integraciones corporativas. El regulador analizará si tal fusión atenta o no contra normas antimonopólicas.

Instrumentos jurídicos de la regulación

Los instrumentos jurídicos con los que cuenta la regulación son, a saber, las leyes y reglamentos, los contratos de concesión y las licencias.

Efectivamente, es de las normas jurídicas de alcance general de donde emana la facultad del Estado para otorgar a los entes reguladores autoridad para inmiscuirse en el quehacer del sector económico regulado. Son justamente leyes y reglamentos que incorporan a determinados servicios públicos, de manera expresa, al campo normativo de la regulación, al tiempo que definen las atribuciones específicas de los órganos reguladores y la forma de designación de sus autoridades.



El Juicio final, Fra. Angelico, 1432-1435 (detalle del infierno)

Son también dichas normas las que establecen las prerrogativas de los órganos de gobierno, en materia de definición de políticas para aquellos sectores de servicios públicos estratégicos: energía, saneamiento básico, telecomunicaciones, transportes y otros. Mientras son órganos de gobierno los que definen políticas y dictan las normas reglamentarias, los entes reguladores aplican, a los casos específicos y particulares, tales normas generales. Las empresas privadas y los usuarios deben adecuar su comportamiento en la esfera de la prestación de los servicios públicos, a las prerrogativas, derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan.

Por su parte, la concesión, en derecho administrativo, es aquella por la cual se otorga, por acto de la autoridad y en favor de un particular, derechos y privilegios para la prestación de un servicio público. Suele utilizarse también el término concesión, cuando el Estado otorga a un particular privilegios para la explotación de un determinado territorio o fuente de riqueza o para la ejecución de obras. En nuestro caso, nos interesa referirnos a la concesión de servicios públicos.

Toda empresa que desee prestar servicios al público, en un sector regulado, precisa de una concesión que el Estado debe otorgarle, la cual se perfecciona mediante la suscripción de un contrato cuyo régimen jurídico es de Derecho Administrativo y, en el cual se hallan incluidos derechos y obligaciones del concedente y del concesionario.

Por el Contrato de Concesión se establecen, entre otros, el plazo de vigencia de la concesión, las causales por las que opera la caducidad (que no es sino la

facultad que tiene el Estado de dar por finalizada la concesión por razones de interés general cuando el concesionario ha incumplido obligaciones a las que se ha sometido mediante el contrato) y las obligaciones de prestar el servicio con calidad y eficiencia.

En un contrato de concesión se distinguen cláusulas reglamentarias y convencionales. Entre las primeras se encuentran aquéllas por medio de las cuales se atienen los concesionarios a un marco jurídico general que rige un determinado servicio público. Las cláusulas reglamentarias pueden ser modificadas unilateralmente por el Estado, en función del interés general y siempre que no afecten sustancialmente las condiciones económicas del concesionario.

Entre las cláusulas convencionales están aquéllas que se han pactado entre el concedente y el concesionario, con un margen de autonomía de la voluntad entre las partes: la determinación de precios y tarifas, las garantías de rentabilidad mínima, entre otras. Este tipo de cláusulas no puede modificarse sino por acuerdo de ambas partes.

En los contratos de concesión se incluyen también los regímenes de sanciones e infracciones, las metas de expansión y calidad y la forma de atención a los requerimientos y reclamos de los usuarios.

Finalmente, la licencia es otro de los instrumentos jurídicos con los que cuenta la actividad regulatoria. Sinónimo de autorización o permiso –denominado también título habilitante– la licencia es un requisito por el cual, aunque una determinada actividad puede ser prestada por un particular en el marco de la libre competencia del mercado, se impone con el carácter de autorización previa para su realización.

Ello desde ya implica una forma de regulación y de ordenamiento de esa actividad. Así por ejemplo se precisa de licencias para la venta de carburantes al usuario final, o para la reventa de servicios en telecomunicaciones.

La diferencia entre la concesión y la licencia consiste en que mientras es preciso contar con un contrato de concesión para la prestación de servicios (por ejemplo telecomunicaciones al público, distribución de gas, distribución de agua potable) la autorización se impone para remover límites o prohibiciones previas otorgándose así un derecho preexistente del particular, que no amplía su esfera de facultades ni aumenta sus derechos, sino que solamente facilita su ejercicio. La concesión tiene un carácter contractual (bilateral), la licencia en cambio es una declaración unilateral de la administración. Así como en la concesión existen causales de caducidad, la licencia también puede revocarse.

La licencia es utilizada como mecanismo de autorización de uso de bienes de dominio público. Ciertos concesionarios precisan utilizar esos bienes en su actividad, dos ejemplos pueden aclarar lo dicho: un operador de redes de telecomunicaciones, que necesita frecuencias electromagnéticas del espacio aéreo, será concesionario para la actividad de telecomunicaciones, pero requerirá además una licencia para utilizar esa parte del espectro; un distribuidor de gas por redes tiene la concesión para dicha actividad y a su vez requerirá una licencia para instalar los ductos sobre bienes de dominio público y/o privado.

Limitada capacidad normativa de los entes reguladores

Tal como hemos afirmado, los entes reguladores aplican, a los casos específicos, normas de carácter general que emiten los poderes del Estado: legislativo y ejecutivo. Empero no debe considerarse a este tema como una incapacidad absoluta de las entidades reguladoras de emitir normas.

Si bien es cierto que las entidades reguladoras no pueden definir políticas de desarrollo de los sectores, o modificar las normas marco que las rigen –salvo que el poder ejecutivo le haya delegado expresamente tal facultad– conviene tener presente que los reguladores emiten sus decisiones por medio de resoluciones administrativas.

Tales actos administrativos pueden tener tanto alcance individual como general. En el primer caso se encuentran, por ejemplo, aquellas decisiones del regulador en materia de sanción a empresas por la comisión de alguna infracción, o aquella que de manera particular solicita a una empresa la entrega de información documentada. En el segundo caso, nos referimos a actos administrativos de carácter general: la aprobación de topes tarifarios, por ejemplo, es un acto de carácter general, y como tal, puede considerarse una norma o reglamento técnico.

Los órganos reguladores pueden emitir también decisiones sobre procedimientos a seguir para que los prestadores de servicios públicos atiendan reclamos y quejas de los usuarios, los que por tener contenido general ingresan a la clasificación de reglamentos.

Todo esto muestra que los entes reguladores poseen, aunque limitada, cierta capacidad de emitir normas de contenido general.

Impugnación de decisiones administrativas

En materia regulatoria, las decisiones administrativas emanadas de los órganos reguladores son objeto de impugnación. De esta manera, las empresas reguladas y los usuarios que consideren que tal o cual decisión afecta sus intereses legítimos, puede recurrir, en vía administrativa, a un medio de impugnación.

En vía administrativa, los recursos de revocatoria y jerárquico son los medios naturales para impugnar las decisiones. Por supuesto, una autoridad superior, con preferencia también técnica e independiente, debiera ser quien conozca el recurso jerárquico.

Y aunque es importante otorgar al regulado y al usuario un medio de defensa en sede administrativa, el control jurisdiccional es otro de los mecanismos de impugnación que ellos poseen. El contencioso-administrativo, que necesariamente debe ser tramitado y resuelto por una autoridad judicial, constituye el instituto procesal por medio del cual el poder judicial tiene facultades de control de los actos y decisiones que emiten las entidades reguladoras.

Protección al usuario

Como tenemos dicho, la protección del usuario de servicios públicos es una de las finalidades y actividades más importantes de la actividad regulatoria. Y

son los propios entes reguladores que tienen la facultad de controlar, fiscalizar y promover que la protección al usuario sea efectiva.

Entre las actividades más importantes tendientes a proteger al usuario, se encuentran las siguientes:

- Prestarle adecuada información. Uno de los aspectos más sensibles es la asimetría de información que existe entre una empresa operadora y el usuario, por lo que una finalidad de la regulación es acercar lo más posible al usuario a una adecuada información que le permita tomar sus decisiones correctamente, tarea que el ente regulador debe vigilar que efectivamente se cumpla.
- Prestarle asesoramiento. Los usuarios requieren conocer al detalle la forma de conectarse a un determinado servicio, o de presentar una reclamación por fallas en la prestación del mismo. Las empresas prestadoras y los propios entes reguladores deben disponer de adecuados mecanismos para que el asesoramiento sea efectivo.
- Sancionar las prácticas abusivas y discriminatorias. Las empresas prestadoras de servicios públicos, por la posición en la que se encuentran o por motivos comerciales pueden poner en práctica actitudes de abuso al usuario, lo cual desde ya es una infracción que merece sanción. Es el regulador quien aplica las sanciones correspondientes.
- Reclamaciones y quejas. Se debe dotar al usuario de una adecuada vía para la presentación de reclamaciones y quejas por deficiente prestación de servicio, por interrupción injustificada del mismo o por errores en la facturación, además de otras. Los reguladores deben imponer a las empresas prestadoras de servicios la obligación de atender reclamos de los usuarios bajo el control y vigilancia de los reguladores.

Bibliografía

- ARGANDOÑA, A., Regulación y desregulación de servicios. PEE, N°42, 1990.
- BUSTAMANTE, E., Desregulación entre el Derecho y la Economía. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
- CASSAGNE, J.C., La transformación del Estado. L.L., 15-XI-1990.
- DROMI, J. R., Empresas Públicas. Ciudad, Argentina, 1997
- DROMI, J. R., Reforma del Estado y privatizaciones. 3 vols., Astrea, Buenos Aires, 1991.
- FUENTES QUINTANA, E. "Libertad de empresa". en AA.VV., Libertades personales y convivencia social, Karpos, Madrid, 1980.
- GUILLÉN JARAMILLO, G., Compilado Concordado y Anotado del Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios. Leyer, Bogotá, 2001.
- MARIENHOFF, M. S., Tratado de Derecho Administrativo. Vol. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973.
- PENAGOS, G., Empresas Estatales Proyección al Siglo XXI. Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, 2000.
- RODRIGUEZ CHIRILLO, E. Privatización de la empresa pública y postprivatización. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- SAN MIGUEL, W., Recursos y Procedimientos Administrativos en el Sistema de Regulación Sectorial. Sagitario, La Paz, 2000.



El juicio de Paris, Hendrick von Balen, 1599



Cuya boca ardía

Oscar Cerruto

Me niego.
Me niego a entrar en el coro
a corear
al perpetrador con sombrero
de probidad
el abogado de la carcoma
el que dicta las normas
y sacude
en la plaza
el árbol del usufructo.



El juicio de Paris, Rubens 1635-1638