

Consideraciones Jurídicas Sobre los Principales Modelos Regulatorios -Su Visión desde la Experiencia Argentina-*

Oscar R. Aguilar Valdez**

Hace ya algún tiempo el tema de la regulación económica ha venido siendo largamente discutido, así no nos resulta ajeno el aparente conflicto entre regulación y competencia y en consecuencia no nos es indiferente la necesidad de encontrar un modelo regulatorio que se ajuste a las necesidades del mercado. Mediante un análisis exhaustivo el autor nos sumerge en el tema de modo sumamente interesante con la finalidad de determinar los aspectos que deberían considerarse en cada planteamiento para llegar al "modelo regulatorio" deseado.

I. Introducción

La temática vinculada con la regulación económica –en especial, la vinculada con los servicios públicos– parece estar destinada a no dar tregua a los estudiosos del derecho administrativo. Así, especialmente en la Argentina, en la década pasada los afanes se centraron en determinar cuáles eran los principios jurídicos aplicables a ese fenómeno innovador y de contornos jurídicamente complejos que parecía invadir, sin medir sus consecuencias, todo el bagaje jurídico tradicional que sustentaba la idea de servicio público desarrollada por casi un siglo en el campo del derecho público. Inclusive, se llegó a afirmar que este nuevo régimen constituía un nuevo derecho, el llamado "derecho de la post privatización", ello no obstante que, como fue bien señalado, no era más que una nueva manifestación de la permanente mutabilidad y adaptabilidad a las

nuevas circunstancias que caracteriza al derecho administrativo¹.

No se habían aún aquietado las aguas de las controversias que, respecto a esta especie de intervención pública, se habían desatado cuando con motivo de las medidas dispuestas por la Ley de Emergencia Pública N° 25.561 en relación con los servicios y actividades de interés general prestadas por particulares, la atención de los especialistas se centró en un nuevo ámbito: asumir el fracaso del "modelo" aplicado y la consiguiente necesidad de proceder a una revisión profunda de dicho "modelo" para adaptarlo a las nuevas realidades, tarea ésta para la cual se ha considerado imperioso otorgar al Estado un nuevo rol, mucho más activo en la materia, no sólo ya en el control y en la regulación –patentizado, por ejemplo, en un proyecto de Ley de Servicios Públicos recientemente

* El presente trabajo recoge, en parte, las consideraciones expuestas por el autor en las Jornadas sobre Servicio Público, Policía y Fomento organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral los días 7, 8 y 9 de mayo de 2003. Para un tratamiento mayor y contextualizado de esta temática en los aspectos jurídicos generales de la competencia y la regulación económica, ver AGUILAR VALDEZ, Oscar R; "Competencia y Regulación Económica -Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio", en AAVV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As, 2004, págs. 59 y sigs.

** Abogado (Universidad Católica Argentina). Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina). Profesor Extraordinario de Derecho Administrativo de la Carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Co-Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo (Universidad Austral) y de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina).

1 CASSAGNE ha negado la existencia del llamado *derecho de la post privatización*, sosteniendo que "En rigor, lo que acontece es la aparición de una nueva y distinta realidad jurídica que requiere adaptar los principios y doctrinas al uso de las transformaciones operadas, fenómeno que implica, en algunos casos, el retorno hacia técnicas tradicionales (como la concesión de servicio público) aplicables mediante un proceso previo de depuración de algunos criterios que hoy en día son arcaicos o resultan contradictorios con las ideas que han impulsado la transformación. Pero de ahí a sustentar la configuración de un nuevo derecho media un abismo jurídico, difícil de cubrir con planteos idealistas alejados de una realidad que muestra la supervivencia de las principales instituciones establecidas como garantías a favor de los particulares, sean éstos concesionarios o clientes. La principal crítica que puede hacerse a estas concepciones consiste en que conciben al derecho administrativo como algo estático sin ver la constante movilidad que lo ha caracterizado desde su nacimiento, a diferencia del derecho civil..."; CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", E.D. 161 : 857, en especial, pág. 860.

remitido al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo²-, sino hasta en la misma participación directa del sector público en las actividades otrora exclusivamente prestadas por empresas privadas, esto último aún cuando los contornos y finalidades de dicha participación no resultan, por ahora, suficientemente claros³.

Pues bien, asumiendo que -aunque más no sea- un mínimo de gestión privada de servicios será igualmente necesario puesto que, como es de público y notorio, nuestro Estado se encuentra en una situación crítica en sus finanzas y en sus capacidades de gerenciamiento que hace poco menos que imposible pretender un completo sistema de gestión pública, parecería ser que el eje de la discusión transita por determinar cuál es el "modelo" regulatorio que el país necesita en las actuales circunstancias. De allí que, en mi opinión, resulte conveniente -para clarificar las ideas- efectuar un análisis -cuando menos, descriptivo- de los que considero son los dos "modelos regulatorios" básicos que, en definitiva, se encuentran en discusión.

No se me escapa que los "modelos" que aquí describiré no son más que eso: meros "modelos" que, en su aplicación en la realidad, suponen adaptaciones y puntos de contacto entre sí mucho mayores que los que señalaré en este trabajo. De todas formas, creo que resulta útil tener presente las líneas fundamentales que caracterizan a cada uno de ellos para que, si la decisión es lograr una mejor regulación y no el triunfo de una determinada ideología, pueda extraerse de cada uno de ellos aquellos rasgos que resulten más convenientes para nuestra realidad.

II. Apuntes Sobre la Intervención Pública en Actividades Prestacionales

Previo a todo conviene advertir que el *substractum* sobre el que opera la intervención regulatoria es la idea de "conflicto de intereses" entre agentes económicos. Sobre el particular, debe tenerse presente que en un sistema de mercado, la realización de toda transacción va precedida de ciertos costos -denominados "costos de transacción"- en los cuáles las partes deberán incurrir para arribar a la misma⁴. La relevancia de éstos es tal que el mercado -en tanto que institución donde se realizan los intercambios- no existiría si los costes

de transacción fuesen inexistentes⁵. De esta forma la existencia de "costos de transacción" se trasluce en conflictos de intereses entre agentes económicos -en la medida en que dicho conflicto no hace más que revelar lo "dificultosa" que es la transacción de que se trata- de forma tal que a mayores costos de transacción, mayor será, también, la conflictividad entre agentes⁶.

Por tal motivo, para permitir los intercambios se hace necesaria la existencia de instituciones que disminuyan tales costos y permitan las transacciones de mercado⁷, razón por la cual no puede haber mercado sin intervención pública en tanto que siempre será necesario que se establezcan reglas y organizaciones que resuelvan tales conflictos. Así, a mayor conflictividad o a mayores costos de transacción, mayor será, también, la intervención pública.

Se ha señalado que existen dos formas de intervención pública fundamentales. Una, la que realiza el Estado en la "periferia" de los mercados y que está destinada a mantener las instituciones dentro del marco del libre mercado, en cuya actuación el Estado no decide qué debe ser producido, cómo y por quién; no fija precios ni controla las inversiones ni la entrada al mercado, entre otros aspectos. La otra, que contrasta con la mencionada, se caracteriza por que el Gobierno realiza todas las acciones que en la anterior intervención evade, es decir, se plasma una "directa" prescripción de los más sustanciales aspectos de la estructura y desempeño económico de las empresas⁸. Esta última forma de intervención es la comúnmente llamada "regulación" que, según es usual sostenerlo, encuentra su fundamento en la existencia de "fallas de mercado"⁹ que, tal como lo ha señalado COASE, no son más que altos costos de transacción¹⁰. Por ello, la regulación está orientada a interferir en las conductas de los agentes económicos a fin de eliminar los costes de transacción, permitiendo, de esa forma, la realización de transacciones entre aquellos¹¹. Así, la regulación no deja de ser, en sustancia, una suerte de mecanismo de resolución de controversias entre intereses contrapuestos¹². Mas esa intervención no se manifiesta como una forma de "decir el derecho" respecto a una situación pasada -al estilo de un tribunal jurisdiccional- sino de resolver un conflicto de intereses con la finalidad de que, gracias a dicha resolución, puedan realizarse transacciones

2 Sobre la necesidad y conveniencia de una legislación como la mencionada, ver CASSAGNE, Juan Carlos, "A propósito de la necesidad de dictar un régimen nacional de servicios públicos", en Revista de Derecho Administrativo n° 48, Bs. As, 2004, págs. 355 y sigs.

3 El caso paradigmático, en este sentido, es la creación de la empresa pública ENARSA.

4 Conf. COASE, Ronald H.; *La Empresa, el Mercado y la Ley*, traducción española de Guillermo CONCOME y BOREL, ed. Alianza, Madrid, 1994, pág. 13.

5 Así, COASE, op. cit., pág. 14

6 Bien sostiene ARIÑO ORTIZ que "en una economía de mercado la existencia de intereses contrapuestos es algo cotidiano", cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*, Madrid, 1995, pag. 181

7 COASE ha dicho que: "...mucho de lo que sucede en el sistema económico está diseñado para reducirlos o para hacer posible aquello que su existencia impide"; cfr. COASE, op. cit., pág.

8 KAHN, Alfred E; *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, Vol. I, MIT Press, Massachussets, 1998, págs. 2 y 3

9 Así, LASHERAS, Miguel Ángel, *La Regulación Económica de los Servicios Públicos*, ed. Ariel Economía, Madrid, 1999, pág. 21 y sigs.

10 cfr. COASE, op. cit; págs. 65 y sigs.

11 Se ha propugnado el análisis de las políticas e instituciones regulatorias desde la perspectiva de los *costes de transacción*, así, ESTACHE, Antonio y MARTI-MORT, David, "Transaction Costs, Politics, Regulatory Institutions and Regulatory Outcomes", en MANZETTI, Luigi (Editor), *Regulatory Policy in Latin America. Post-Privatization Realities*, ed. North-South Center Press, Miami, 2.000, pág. 49 y sigs.

12 Así, GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, "Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?", en *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Volumen 85, Verano 2002, pág. 115.

en el mercado. Dicho de otra forma, la regulación al resolver tales conflictos lo que hace es mirar al futuro¹³, conformando a un determinado mercado.¹⁴

III. El "Modelo Regulatorio Tradicional". La "Regulación de Comando y Control".

En doctrina se ha señalado que, sobre la base de confundirse las nociones de "mercado" y "competencia" –la primera, una noción que hace referencia a un marco donde se realizan los intercambios¹⁵ y la segunda, una noción que se vincula, básicamente, con la rivalidad entre agentes económicos¹⁶– se ha considerado que la "regulación" constituye el medio al que, tradicionalmente, se ha recurrido para restringir la competencia¹⁷. Así, por ejemplo, una autoridad en economía de la regulación sostenía que "(...) la decisión de 'regular' es, típicamente, una decisión para restringir la competencia, no ya para complementarla de una u otra manera, sino para 'suplantarla' (...) "¹⁸. Recientemente, se ha gráficamente ejemplificado el razonamiento seguido: "En el campo de la ciencia económica (...) se da por sentado que la autoridad puede alcanzar el bienestar social a partir de las manipulaciones que introduce en el comportamiento de los agentes económicos que se 'desvían' del ideal de la competencia perfecta"¹⁹. Es decir que, si el modelo o parámetro es el de la "competencia perfecta" y si dicho "modelo" es puramente una hipótesis de análisis pero que no se da en la realidad, ésta siempre parece estar plagada de "fallas"²⁰. Inclusive, esta identificación entre "falla de mercado" y "falla de la competencia" llevó a considerar que el "exceso de competencia" constituía una falla que justificaba la regulación pública, tal como ocurrió en los Estados Unidos con actividades tales como el transporte en donde se consideraba que la "competencia" era "ruinosa" o "destruccionista"²¹.

¿Cuál fue la consecuencia de este razonamiento? Oponer "regulación" a "competencia" y, de esa forma, al someterse a determinada actividad a la "regulación" se la excluía de las reglas de la competencia y, como consecuencia de ello, de las leyes de defensa de la competencia o *antitrust*. En los Estados Unidos, por ejemplo, muchas leyes al establecer el "marco regulatorio" de la industria, expresamente la excluía de la aplicación de la *Sherman Act*²². En otros casos, cuando la ley especial era "silente", se elaboró la teoría de la "exclusión implícita", por medio de la cual se argumentaba que siempre que el Congreso hubiese establecido un esquema regulatorio administrado por una comisión reguladora, se debía interpretar que las leyes *antitrust* no se debían aplicar a la industria regulada²³. Así, los conflictos de competencia entre el Poder Judicial –autoridad de aplicación de las leyes *antitrust*– y las comisiones reguladoras se hicieron comunes, motivo por el cual la doctrina de la "jurisdicción primaria" ("*primary jurisdiction*") tuvo una aplicación fundamental en la materia, determinando quién era el que tenía que intervenir "primero" en la contienda²⁴.

De esta forma, al eximirse de la aplicación de las rígidas leyes antimonopolios, los incentivos se colocaron en permitir que los empresarios, en lugar de clamar por la competencia, lo hicieran por la "regulación". Por tal motivo, en el campo económico, en un trabajo seminal se ha demostrado los orígenes "corporativos" de muchas de las regulaciones económicas sectoriales de los Estados Unidos²⁵.

Algo similar ocurrió en nuestro país donde las "regulaciones" se establecieron, en muchos casos, con el fin de proteger a determinadas industrias de los efectos de la competencia; fenómeno éste que brillantemente estudiara BUSTAMANTE hace ya más de tres lustros²⁶.

- 13 ROCHE MURPHY, Terence & WEBER, Charles, "Doing Business in the U.S.: Legal and Regulatory Considerations", en *The International Business Lawyer*, June 1995, pag. 276.
- 14 Sobre el particular, debe destacarse que el régimen constitucional argentino se adscribe a esta concepción sobre la función regulatoria al disponer en el artículo 42 que, en materia de servicios públicos, "la legislación establecerá procedimientos eficaces para la protección y solución de conflictos"; cfr. PRITZ, Osvaldo A.F., "La Reforma Constitucional y los Servicios Públicos" en SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. y otros, *La Reforma Constitucional Interpretada*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, ed. Depalma, Bs. As., 1995, pag. 230
- 15 Así, CIONFRINI, Ernesto, "La protección de los mercados y de la competencia en la Constitución Nacional", en Boletín Informativo de la Asociación de Derecho Constitucional N° 165, Enero de 2000, pag. 7; en similar sentido, DALLA VÍA, Alberto Ricardo, *Derecho Constitucional Económico*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, pag. 394
- 16 Así, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel, *La Competencia*, ed. Alianza, Madrid, 2000; pag. 61. BORK reseña cinco "ideas" diferentes de "competencia", sólo uno de ellos es el vinculado a la idea de "rivalidad"; cfr. BORK, Robert, *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*, Basic Books, New York, 1978, pag. 58 y sigs. En contrapartida, el concepto de competencia como "rivalidad" ha sido adoptado por la OCDE en su *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, 1999, definición N° 29, "competition", cfr. <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>
- 17 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, op. cit, págs. 64 y sigs.
- 18 KAHN, op. cit; Volumen II, pag. 1.
- 19 DE LEÓN, Ignacio, "El espejismo de la Eficiencia Económica", ensayo presentado en el Primer Foro Latinoamericano de Competencia, Pilar, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 24/10/2003.
- 20 DE LEÓN, op. cit.
- 21 En este sentido, se decía que la competencia forzaría las tarifas por debajo de los costos para toda la industria, lo que provocaría la destrucción de la actividad en tanto que no habrían incentivos para invertir; cfr. LOCKIN, D.; "The Economics of Transportation", 6° ed, 1966, págs. 138 y 139, parcialmente transcripto en PIERCE, Richard Jr; *Economic Regulation. Cases and Materials*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1994, pag. 22.
- 22 Así, por ejemplo, los seguros, el mercado laboral, la agricultura, las pesquerías, los medios de prensa, los bancos, los transportistas marítimos y por camión, los mercados de valores y de futuros, etc, cfr. SULLIVAN, Lawrence & GRIMES, Warren, *The Law of Antitrust: An integrated handbook*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pag. 732
- 23 Conf. SCHWARTZ, Louis B; FLYNN, John J & FIRST, Harry, *Free Enterprise and Economic Organization. Economic Regulation*, 6° ed; Foundation Press, New York, 1985, pag. 836 y SULLIVAN & GRIMES, op. cit; págs. 738 y sigs; PIERCE & GELLHORN, op. cit; pag. 298 y sigs; HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice*, 2° ed; West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, págs. 702 y sigs.
- 24 Así, el caso "Far East Conference v. United States", 342 U.S. 570 (1952); cfr. PIERCE & GELLHORN, op. cit; pag. 336 y sigs.
- 25 STIGLER, George; "The Theory of Economic Regulation", en 2 Bell Journal of Economics and Management Science (1971), pag. 3 y sigs. Hay traducción española de este fundamental trabajo en A.A.V.V; *Privatización, Desregulación y ¿Competencia?*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 35 y sigs.
- 26 BUSTAMANTE, Jorge E; *La República Corporativa*, Ed. Emecé, Bs. As; 1988.

Así, la regulación pasó a ser el sinónimo de la “no competencia” o, peor aún, de la “anti-competencia”, de la “protección” contra las “fallas” –ya no del “mercado”– sino de la “competencia”.

Una manifestación típica de esta concepción “anticompetitiva” de la “regulación” estaba dado por el régimen de los llamados “Certificados de Necesidad y Conveniencia Pública” vigentes en los sistemas de “public utilities”. Este instituto –presente en nuestro actual sistema de energía eléctrica²⁷, aunque con un sentido parcialmente diferente al que voy a exponer ahora– constituía el recaudo fundamental para que un nuevo operador pudiese quedar habilitado para ingresar a determinado mercado ya servido por otra compañía²⁸. Para poder acceder al otorgamiento del mencionado “certificado” por parte de la comisión reguladora era necesario que el solicitante demostrara la “necesidad y conveniencia públicas” del ingreso del nuevo operador, puesto que se partía del presupuesto que la competencia no podía funcionar en ese sector porque “fallaba”. Como se puede observar, el instituto funcionaba como una “barrera legal de entrada” al mercado de las “utilities”²⁹.

Ahora bien, la concepción de la “regulación” como una suerte de mecanismo “sustitutivo” de la “competencia”, no se detenía en lo relativo a las barreras de ingreso al mercado. Se propagaba sobre las principales decisiones que las empresas tomaban en la gestión –privada– de un determinado servicio o actividad. Esta clase de “regulación” recibió el nombre de “regulación de comando y control”.

El modelo de “regulación de comando y control” constituye el modelo tradicional de regulación económica³⁰. En lo sustancial, dos han sido los campos donde esta forma de regulación ha tenido mayor desarrollo. Por un lado, el campo de la regulación de las actividades calificadas como “riesgosas” –ejemplo, en materia de efluentes industriales, gases tóxicos, etc.–³¹ y, por otro, el campo de las actividades calificadas como “servicios públicos”, donde se ha preferido la

denominación de “regulación por tasa de retorno”, atendiendo, más que a las prescripciones operativas impuestas por el regulador, a una de sus consecuencias como lo es el sistema tarifario.

En este sistema, básicamente, el Estado suplanta a la empresa en la adopción de las principales decisiones vinculadas a la operación de su actividad. Así, es el regulador quien le impone a la empresa lograr determinados “resultados” (ej. metas de calidad de emisión de polución, de calidad de servicio o de niveles de producción) mediante el empleo de los “medios” o “instrumentos” (ej. inversiones dinerarias mínimas o máximas, obras, insumos, etc.) que aquél le indica por medio de las normas y órdenes regulatorias³², todo ello garantizado con un régimen sancionatorio³³ y hasta determinado el precio que el productor debe percibir de los consumidores³⁴. Lo relevante en este sistema es que es la norma reguladora la que determina la concreta conducta que el empresario debe seguir para lograr los fines predeterminados, también, por ella. Así, todo aquello que no se adecue a las exactas prescripciones regulatorias es una conducta “prohibida”; “ilícita” y, por ende, sancionable. Se trata, entonces, de un régimen de “mandato-sanción”³⁵ que se funda en la “orden” o “directiva”³⁶ como mecanismo de regulación y que convierte al “regulador” en el “manager” de la actividad y a la “regulación” en una suerte de “manual de instrucciones” del que el regulado no puede apartarse sin ser sancionado³⁷.

“Ahora bien, la concepción de la “regulación” como una suerte de mecanismo “sustitutivo” de la “competencia” no se detenía en lo relativo a las barreras del ingreso al mercado(...) Esta “regulación” recibió el nombre de “regulación de comando y control.”

27 Así, Ley 24.065, artículo 11: “Ningún transportista o distribuidor podrá comenzar la construcción y/u operación de instalaciones de la magnitud que precise la calificación del ente, ni la extensión o ampliación de las existentes, sin obtener de aquél un certificado que acredite la conveniencia y necesidad pública de dicha construcción, extensión o ampliación. El ente dispondrá la publicidad de este tipo de solicitudes y la realización de una audiencia pública antes de resolver sobre el otorgamiento del respectivo certificado”. Por su parte, el artículo 12 dispone que: “El inicio o la inminencia de inicio de una construcción y/u operación que carezca del correspondiente certificado de conveniencia y utilidad pública, facultará a cualquier persona a acudir al ente para denunciar u oponerse a aquéllas. El ente ordenará la suspensión de dicha construcción y/u operación hasta tanto resuelva sobre el otorgamiento del referido certificado, sin perjuicio de las sanciones que pudieren corresponder por la infracción”.

28 El “certificado de Necesidad y Conveniencia Pública”, tiene su origen en 1882 en la Ley de Ferrocarriles del Estado de Massachusetts; luego pasó al Estado de Nueva York y de allí a las normas federales de regulación de los servicios públicos; conf. JONES, William K, “Origins of the Certificate of Public Convenience and Necessity: Developments in the States, 1870-1920”, 79 Columbia Law Review 426 (1979).

29 Sobre la función moderna de este instituto en la regulación norteamericana, vid PHILLIPS, Charles F (Jr.), *The Regulation of Public Utilities*, 3° ed; Public Utilities Reports, Arlington, Virginia, 1993; pág. 563.

30 Así, BREYER, Stephen, *Regulation and its Reform*, Massachusetts, 1982, en especial, págs. 36 y sigs.

31 Así, BREYER, Stephen, *Breaking the Vicious Circle. Toward effective risk regulation*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993; idem SUNSTEIN, Cass, *After the Rights Revolution. Reconciling the Regulatory State*; Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990, en especial, págs.82 y sigs; idem *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, New York; 1997, págs. 318 y sigs.

32 Así, vid VISCUSI, W. Kip, VERNON, John & HARRINGTON, Joseph Jr.; *Economics of Regulation and Antitrust*, 3° ed, The MIT Press, Cambridge, 2.000, pág. 298 y sigs.

33 OGUS, Anthony, “Corrective Taxation as a Regulatory Instrument”, en Mc Cruden, Christopher, *Regulation and Deregulation. Policy and practice in the Utilities and Financial Services Industries*, Clarendon Press, Oxford, 1999, pág. 16, idem BALDWIN, Robert & CAVE, Martin, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999; pág. 35.

34 BALDWIN & CAVE, op. cit, pág. 35.

35 BALDWIN & CAVE, op. cit; pág. 35.

36 MITNICK ha señalado que la “directiva” especifica el comportamiento deseado como una regla, instrucción o estándar; cfr. MITNICK, op. cit; pág. 359.

37 Así, HOWARD, Phillip K; *The Death of the Common Sense*, New York, 1995, en especial, págs. 10 y 23, respectivamente.

En el campo específico de los servicios públicos, se lo exponía con toda claridad: "(...) La esencia de la regulación es el reemplazo explícito de la competencia por las órdenes gubernamentales como el principal mecanismo institucional para asegurar el buen desempeño de la industria"³⁸. En el mundo continental europeo, ARIÑO ORTIZ ha sido –tal vez– quien con mayor precisión ha precisado el carácter de esta especie de "regulación". Así, bajo la denominación del "régimen tradicional del servicio público", ha enunciado los principales aspectos de este régimen, básicamente fundado en la noción "regalística" de la institución³⁹.

En donde más precisamente se revela este sistema de "comando y control" es en lo relativo al régimen de las prerrogativas del concedente, puesto que –según lo señala ARIÑO ORTIZ– "(...) en todas estas normas reguladoras de los servicios públicos se reconoce a la administración no sólo un poder reglamentario de carácter policial, sino un poder interno de dirección mediante instrucciones, circulares y órdenes concretas, de análoga naturaleza y extensión a las que ostenta sobre sus propios órganos y servicios. Y es que, en el fondo, este poder ordenatorio sobre los servicios públicos no está muy lejos del poder jerárquico en este sentido estricto (...) Estamos, pues, aquí, ante un poder administrativo de contenido muy amplio y frente al que no hay más derechos adquiridos que el equilibrio financiero de los gestores que debe ser respetado (...)"⁴⁰. Culminará su análisis preguntándose "(...) Si todo lo dicho en apartados anteriores es correcto, ¿qué margen de autonomía, de libertad empresarial, tiene una empresa privada gestora de un servicio público? (...) Y es que, en efecto, el planteamiento del servicio hecho hasta aquí responsabiliza al Estado de las decisiones básicas que deban adoptarse en tales actividades, lo cual tiene como consecuencia que la regulación alcance a la casi totalidad de los aspectos y facetas de la vida de la empresa, pues es difícil concebir uno sólo de ellos que no tenga directa repercusión sobre los costes, precios, extensión o calidad del servicio prestado. Resulta así que la *libertad de empresa*, reconocida en la Constitución como derecho fundamental de los ciudadanos, aparece constantemente negada en las empresas de servicio público –que siguen siendo privadas– tanto por la legislación como por la práctica, y

se produce una constante interferencia de la autoridad administrativa titular del servicio sobre la dirección o *management* de la empresa gestora del mismo (...)"⁴¹.

Las consideraciones formuladas por ARIÑO ORTIZ también tenían su correlato en el régimen jurídico tradicional aplicable a nuestros servicios públicos. Así, en la IV Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Tucumán en 1936 sentó importantes bases doctrinarias sobre la concesión de servicios públicos en la línea expuesta⁴² y, un año después, BIELSA sostenía que "(...) El Estado –poder concedente– regula 'íntegramente' el servicio, es decir, determina el objeto, su régimen, su contralor o fiscalización general y especial, las modificaciones que exige el interés público y las tarifas. La explicación del principio es clara: si el servicio debe prestarlo el Estado (directamente) de acuerdo con el interés público (continuidad, seguridad, comunidad y precio módico), no puede ser afectado ese principio al delegarse en un concesionario la 'ejecución' (no la regulación) del servicio. Si así no fuera resultaría doblemente condenable el sistema de concesión (...)"⁴³. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema también seguiría tales aguas, puesto que, sobre la base de que éstas eran una delegación del poder público⁴⁴ y que, además, conferían el privilegio del monopolio, sostuvo que "(...) La regla de interpretación más segura en esta clase de casos es la que aquélla es en contra de la corporación. Toda razonable duda debe ser resuelta en forma adversa. Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario"⁴⁵; lo que se asentaba sobre la base de que "(...) la medida y extensión de los derechos y deberes del concesionario, con las modificaciones impuestas por el poder de policía, queda determinada por el contenido del acto de concesión (...)"⁴⁶.

Lo que se derivaba de tales premisas era un fuerte "intervencionismo" en la "gestión" empresarial del servicio, donde el poder público fijaba los medios de gestión de los que, tal como ya lo he dicho, el prestador no podía apartarse. Todo ello era complementado, además, con un poder de fiscalización que no se limitaba a las condiciones de prestación sino que se extendían a la administración misma de la compañía⁴⁷.

38 KAHN, op. cit; pág. 20.

39 Los caracteres serían, según ARIÑO ORTIZ, los siguientes: (i) titularidad pública sobre la actividad; (ii) exigencia de previa concesión o título habilitante para entrar en el sector; (iii) poderes internos de dirección, vigilancia y control sobre el servicio a favor de la Administración, (iv) continuidad y regularidad en la prestación, (v) responsabilidad de la Administración sobre el servicio; (vi) deslegalización del sector; (vii) principio de igualdad: régimen de cola; (viii) régimen de tarifa o precios públicos; (ix) temporalidad de la concesión o título habilitante; (x) necesaria autorización para transferir la concesión o sus instalaciones, entre otros; cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Régimen Jurídico Tradicional del Servicio Público", en ARIÑO ORTIZ, Gaspar –con la colaboración de Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y Lucía LÓPEZ DE CASTRO-GARCÍA MORATO, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Fundación Estudios de Regulación, ed. Comares, Granada, 1999, pág. 513 y sigs.

40 ARIÑO ORTIZ, op. cit; pág. 521

41 ARIÑO ORTIZ, op. cit; pág. 540

42 En J.A. Tomo 61, Sección Doctrina, pág. 90 y sigs.

43 BIELSA, Rafael, "Algunos principios de derecho sobre concesiones de servicios públicos", 1937, compilado en BIELSA, Rafael, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, *Derecho Administrativo*, ed. Depalma, Bs. As, 1950, pág. 615

44 Fallos 209 : 28

45 Fallos 196 : 8; Fallos 155 : 12; Fallos 215 : 281; Fallos 298 : 223

46 Fallos 141 : 190

47 Sobre el particular, vid BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 6ª ed., ed. La Ley, Bs. As, 1964, págs. 285 y sigs. Para una visión completa de la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema sobre los contratos de concesión de servicios públicos y, en especial, de los derechos reconocidos a los concesionarios, vid el excelente trabajo de SACRISTÁN, Estela B; "Aspectos constitucionales de la renegociación de los contratos de prestación de servicios públicos", en ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Debates de Actualidad. En el sesquicentenario de la sanción de la Constitución Nacional*, N° 191, Julio / Octubre de 2003, pág. 15y sigs.

La empresa estaba sometida a una especie de “potestad doméstica” de la Administración. Suprimida toda posibilidad de “competencia”, la consecuencia lógica era que fuese el Estado quien adoptara las decisiones que, en un ambiente de competencia, sólo podrían adoptar los agentes económicos⁴⁸.

Hacia mediados de la década del cuarenta, DÍEZ reaccionó –en el campo doctrinario– fuertemente contra esa situación al reafirmar que, en un sistema de prestación privada como lo era, para aquella época aún, el de los ferrocarriles, “(...) es carácter esencial de la concesión el que éste tenga la gestión de la empresa. De allí entonces que la organización del contralor no puede impedir al concesionario la gestión de la empresa; el empresario gestiona, la administración controla y no puede, por ende, someter los negocios de aquélla a su aprobación. Si tal hiciera, la administración participaría directamente en la gestión del servicio lo que no sería posible (...)”; agregando –más adelante, con cita de BARTHELEMY– que “(...) en lo que se refiere a la organización de los medios internos empleados por el concesionario para la prestación del servicio, el concedente no puede intervenir ni dar órdenes. La administración puede modificar el fin del servicio público, pero el concesionario es dueño de los medios que ha de emplear (...)”⁴⁹.

No obstante la advertencia dada por DÍEZ medio siglo antes, lo cierto es que, se ha sostenido en la literatura regulatoria vernácula, que en ciertos de los servicios “privatizados” durante la década del noventa se recurrió, en algunos aspectos, a esta modalidad de “regulación económica”, convirtiendo a los “planes de inversión” –tanto de naturaleza dineraria como física– en el principal parámetro de regulación estatal. Tal lo ocurrido, por ejemplo, en las originales condiciones de prestación y regulación de los servicios de agua potable y saneamiento y de ferrocarriles de cargas y pasajeros, respectivamente⁵⁰. En tales casos, el cumplimiento del “plan de inversiones” –físicas o dinerarias, según cuál sea el caso y establecidos en las bases de la concesión– constituye una obligación autónoma independizada del grado de necesidad de la realización de tales inversiones respecto a los objetivos de calidad de prestación del servicio. Por tal motivo, los “planes de inversión”, en realidad, amén de la finalidad social de expandir los servicios, están destinados a operar como

instrumentos de “redistribución” del ingreso. Así, se ha dicho –sobre el particular– que “(...) el gobierno debe exigir el cumplimiento de los programas de inversión (...) fundamentalmente para que por medio de dichas inversiones se impulse el crecimiento de la economía del país y se creen nuevos empleos, con el crecimiento que significa incorporar nuevos factores de reactivación económica, además y fundamentalmente, reducir el sacrificio social (...)”⁵¹.

Como corolario de este régimen donde es un sujeto externo al prestador quien decide cómo se logran los resultados de su gestión, su remuneración no puede sino que estar basada en el “costo del servicio”⁵², puesto que dicho “costo” se trata, en definitiva, de un “costo” o “riesgo” que el gestor no está en condiciones de evitar o de menguar. Lo contrario importaría una suerte de “confiscación” de la “propiedad” de la empresa regulada⁵³. La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema lo dijo con toda claridad: “(...) Si por motivos políticos o de otra índole el Gobierno desea o se cree obligado a mantener tarifas inferiores al costo (gastos de explotación, conservación, renovación y amortización del capital) (...) debe indemnizar. Resulta inaudito pensar que puede realizarlo a costa del aniquilamiento del patrimonio de la empresa concesionaria aunque sea de su ganancia. Estos son los principios básicos y fundamentales de toda concesión (...)”⁵⁴. Por otra parte, la solución es lógica si se asume –como se lo hace en este “modelo”– que la “regulación” viene a “suplantar” o a “emular” a la “competencia”, puesto que en un marco de competencia los precios se determinan en función de los costos⁵⁵. Como señala BREYER este sistema es el que se aplica cuando las leyes hacen referencia a “tarifas justas y razonables”⁵⁶.

Ahora bien, sin pretender desarrollar aquí el complejo y dilatado tema de esta especie de regulación tarifaria⁵⁷, sí puede decirse que la variable regulatoria se establece en función de una “tasa de retorno” sobre la inversión de capital realizada⁵⁸. Así, se ha dicho que la “(...) tasa de retorno, expresada como un porcentaje, es análoga a la tasa de interés que paga un banco sobre una cuenta de ahorro”; agregándose luego que “(...) El inversor invertirá en una compañía regulada cuando perciba que los riesgos financieros y los retornos esperados superan los relativos a otras oportunidades de inversión”⁵⁹. La lógica del sistema descansa en que esa “tasa de retorno”

48 Conf. DÍEZ, Manuel María, *Régimen Jurídico de las Comunicaciones*, Tomo IV, ed. Valerio Abeledo, Bs. As, 1945, pág. 41. Allí DÍEZ señalaba cuál era la “ideología” político-económica de la regulación ferroviaria en esos años, diciendo que “(...) la tendencia moderna de que, como el ferrocarril es un servicio público, hay que reglamentarlo únicamente y no fomentar la competencia como se trató de hacer con anterioridad (...)”

49 DÍEZ, op. cit, págs. 133 y sigs.

50 Así, FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS (FIEL), *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos. Teoría y experiencia argentina reciente*, ed. FIEL, Bs. As, 1999, pág. 25

51 CINCUNEGUI, Juan Bautista, “Las inversiones en servicios públicos prestados por empresas privadas”, L.L. 1997-A-781, en especial, pág. 792

52 BREYER, op. cit, pág. 36 y sigs.

53 Así, Suprema Corte de los Estados Unidos, in re “Smyth v. Ames”, 169 U.S. 466 (1898), idem in re “West Ohio Gas Co v. Public Utilities Commission of Ohio”, 294 U.S. 63 (1935), *inter alia*.

54 Fallos 262 : 555

55 Así, KAHN, op. cit, pág. 26, PIERCE, op. cit, pág. 51 y SHAPIRO, Sydney & TOMAIN, Joseph, *Regulatory Law and Policy*, 2º ed; Lexis Publishing, Charlottesville, 1998; pág. 151

56 BREYER, op. cit; pág. 36

57 Sobre el particular, vid en nuestro país, BIANCHI, Alberto B; *La Regulación Económica*, Tomo I, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As, 2001; pág. 335 y sigs; y las referencias allí realizadas.

58 Así, vid BREYER, op. y págs. cit.

59 SHAPIRO & TOMAIN, op. cit; pág. 156.

sea “razonable”, lo cual, en la jurisprudencia americana, ha sido objeto de evolución a lo largo del tiempo⁶⁰. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la jurisprudencia ha establecido determinadas pautas para estimar si cierta “tasa de retorno” es, o no, “razonable”, a cuyos efectos se tiene en cuenta que la misma “sea proporcional al retorno que se obtendría en otras empresas de riesgo similar”⁶¹ o que “sea suficiente para asegurar la confianza en la integridad financiera de la empresa, para mantener su capacidad de crédito y para atraer capital”⁶², entre otros parámetros similares⁶³.

En nuestro país, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires ha identificado los principales lineamientos de este “modelo regulatorio” señalando que “en este caso, en lugar de fijar tarifas máximas se establece una tasa de beneficio máxima. Si es superada, se obliga a las empresas a bajar las tarifas; si no es alcanzada, se les permite incrementarlas. Tiene una larga tradición en los Estados Unidos”⁶⁴. En este sistema, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Maruba”, el derecho del concesionario, antes a que un determinado “precio” o “cuadro tarifario”, consiste en una “tasa de retorno razonable”, de donde se deriva, entonces, que la Administración está habilitada para alterar los cuadros tarifarios en la medida en que la “tasa de retorno” continúe siendo “razonable”⁶⁵.

Este “modelo” ha sido objeto de numerosas críticas, debido a que genera cierta remembranza respecto a un régimen de planificación centralizada⁶⁶. Lo sustancial a tener presente es que este sistema tiene una “falla regulatoria” cual es la de la “asimetría informativa”⁶⁷ que existe entre regulador y regulado y que, condicionando la eficacia del “control” administrativo⁶⁸, obliga –tal como lo tiene dicho nuestra jurisprudencia– a “una acción muy intrusiva del regulador en la empresa, pues debe estar auditando permanentemente para conocer la tasa de

beneficio, lo que conspira contra un gerenciamiento más libre”⁶⁹. Ello hace que sea, además, un sistema potencialmente conflictivo toda vez que obliga a renegociaciones periódicas⁷⁰ y genera la confusión entre el “manager” y el “regulador” –conflicto que se agudiza en situaciones en las que los servicios son “privatizados” y los ex directivos de la empresa privatizada son nombrados reguladores–; amén de que, al incentivar la sobre-inversión de capital⁷¹, no promueve la eficiencia en la prestación⁷².

IV. El Modelo de “Regulación por Incentivos”

Hemos visto que la teoría “tradicional” de la “regulación económica” no hacía distinción entre “competencia” y “mercado” y, por ende, allí donde había “fallas” del “mercado” se consideraban que lo eran, también, de la “competencia”; por tal motivo la “regulación” se tornó un mecanismo de “sustitución” o, en el mejor de los casos, de “simulación”, de la “competencia”⁷³.

Pero claro, es difícil “sustituir” o “simular” algo que se reconoce que no se cuenta⁷⁴. Los economistas, para evitar esta dificultad “epistemológica”, han recurrido al “modelo de competencia perfecta” que vendría a ser, en palabras de un importante autor, una suerte de “Nirvana” o estado “ideal” de la competencia cuyo contraste mostraría a la realidad como plagada de “fallas de mercado”⁷⁵. Si bien ese modelo de “competencia perfecta” resulta útil para conocer cómo funciona el sistema de precios en una economía descentralizada, no ocurre lo mismo cuando se lo pretende utilizar para analizar la “actividad competitiva”. Ello es así, por cuanto el “modelo de competencia perfecta” parte de un presupuesto que es un mundo “sin fricciones” en el que nadie condiciona la conducta de los demás –el ideal es ser “tomador de precio”–, y no contempla el “entorno” dentro del cual se desarrollan esas acciones competitivas como lo son los problemas de información, el régimen político, el ordenamiento legal y, en definitiva, los “costos de transacción” y las “instituciones”⁷⁶.

60 Cfr. Mc CORMICK III, Patrick & CUNNINGHAM, Sean B., “The requirements of the ‘just and reasonable’ standard: legal bases for the reform of electric transmission rates”, en 21 Energy Law Journal 389 (2000); idem TOMAIN & SHAPIRO, op. cit; págs. 165 y sigs; idem PIERCE, op. cit; pág. 152 y sigs; *inter alia*. En nuestra literatura, vid BIANCHI, op. cit; págs. 340 y sigs; idem ALEMANY, Jorge Federico, “La cuestión de las tarifas (A propósito del caso ‘Maruba’)”, en E.D. Suplemento de Derecho Administrativo del 29/12/2000, pág. 9 y sigs; en especial, pág. 14.

61 Así, in re “FPC v Hope”, 320 U.S. 591, en especial, 603 (1944)

62 Idem.

63 Conf. Mc CORMICK & CUNNINGHAM, op. cit; pág. 402 y sigs.

64 CNFed. Cont. Adm, Sala IV, in re “Central Térmica Güemes S.A v. ENRE”, 9/12/2002, considerando XXVIII.

65 CSJN, in re “Maruba S.C.A”, Fallos 321 : 1784, y sus citas; en igual sentido, CNFed. Civ. y Com, Sala I, 12/4/2002, in re “Satecna Costa Afuera S.A.”; Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo La Ley del 12/5/03, pág. 16 y sigs. Asimismo, para una visión de la jurisprudencia administrativa y judicial en materia de este régimen tarifario, vid MONTI, Laura M.; “Las tarifas en la jurisprudencia administrativa y judicial”, E.D. Suplemento de Derecho Administrativo del 29/8/2003, pág. 1 y sigs; y para su aplicación a las tarifas ferroviarias, STORTONI, Gabriela, “Apuntes sobre tarifas, tasas y precios de los servicios públicos (con especial referencia a los servicios ferroviarios)”, en E.D. Suplemento de Derecho Administrativo del 30/9/2003, págs. 3 y sigs.

66 Así, HOWARD, op. cit, en especial, págs. 10 y 23, respectivamente.

67 Así, ABDALA, Manuel A y SPILLER, Pablo, *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*, ed. Temas, Bs. As, pág. 35.

68 Así, BALDWIN & CAVE, op. cit; pág. 38

69 CNFed. Cont. Adm; Sala IV, in re “Central Térmica Güemes S.A v. ENRE”, 9/12/2002, considerando cit.

70 Así, FIEL, op. y pág. cit.

71 Se trata del llamado “Efecto Averch-Johnson”, cfr. VISCUSI, VERNON & HARRINGTON, op. cit; pág. 371.

72 Vid, BREYER, op. cit; págs. 47 y sigs; PIERCE, op. cit, pág. 173 y sigs; PHILLIPS, op. cit, pág. 401 y sigs; entre muchos otros.

73 Conf. SALOMAO FILHO, Calixto, *Regulacao da Actividade Economica (Principios e fundamentos juridicos)*, ed. Malheiros, San Pablo, 2001, pág. 107 quien, sobre la “regulación tradicional”, afirma que “(...) La regulación procura, por tanto, sustituir todas las variables concurrenciales, recreando las condiciones de mercado (...)”

74 Así, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, op. cit; pág. 86.

75 La analogía pertenece a Harold DEMSETZ, tal como lo señala DE LEÓN, op. cit.

76 Así, DEMSETZ, Harold, *La Competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*, ed. Alianza, Madrid, 1986, págs. 15 y sigs.

Lo que ocurre, es que, como lo demostró HAYEK, en un mundo donde los datos o la información relevante está “descentralizada”, la “competencia” es un “proceso de descubrimiento” de tales datos o hechos relevantes que permite a los competidores obtener una situación ventajosa frente al resto. Son los beneficios que obtiene uno de los competidores lo que “mueve” al resto a hacer lo mismo, y por ende, a competir. Así, el modelo de “competencia perfecta” es un “absurdo” puesto que da por sentados los “hechos” que, precisamente, la “competencia” está llamada a “descubrir”⁷⁷.

Esta línea fue seguida en sus principales rasgos por el conocido experto británico en regulación Sir Stephen LITTLECHILD. Así, ha sostenido que, en realidad, la existencia de altas rentas –generalmente provenientes de una situación de monopolio– encubre el “premio” al mejor posicionamiento de un competidor y que, teniendo a esas rentas como “incentivo”, generará que sus competidores traten de desafiarlo. De esta forma, cuanto mayores sean las ganancias, mayores los incentivos de los competidores para invertir en investigación que permita idear un servicio o producto que no necesite de la tecnología que genera la existencia del “monopolio”. De esta forma, los “monopolios” son siempre “temporales” –hasta tanto la nueva tecnología descubra una técnica alternativa– y pueden utilizárselos como “incentivos” paña desarrollar la competencia y la creatividad empresarial. Pero para que esa hipótesis sea practicable es necesario que no existan “barreras de entrada” al mercado que hagan de las “ganancias monopólicas” más el producto de un “privilegio” conferido por el poder público que el del desempeño económico⁷⁸.

Frente a las serias críticas que, como vimos, mereció el “modelo tradicional” de regulación, a partir de la década de 1980 –especialmente en Gran Bretaña– se intentó formular un “modelo alternativo” que permitiese superar tales obstáculos y, en especial, que permitiese incentivar la eficiencia y promover la competencia en el mercado. El punto de partida, consistió, como vimos, en que, ante un “marco institucional adecuado”, los “monopolios naturales” tenderán a ser “transitorios” en la medida en que, dicha “regulación”, al introducir condiciones de competencia, permita a los virtuales “competidores” del monopolista descubrir nuevas tecnologías que habiliten a “desafiar” al monopolio y, así, desbaratar a

éste. Entonces, este modelo, filosóficamente, supone una “regulación” de carácter “transitorio” como “medio” para la “transición” a la competencia⁷⁹.

Para poder lograr tales finalidades, resulta necesario establecer, como se dijo, un “marco institucional adecuado”. Para ello, es menester determinar qué sectores de determinada industria presentan fenómenos de “monopolio” y cuáles no. Esta tarea, obliga a “segmentar” la industria separando uno y otro sector, de forma tal que, por los altos costos de transacción que trasuntan los segmentos con monopolio, amerita una “regulación” más intensa que la que resulta aplicable en los demás⁸⁰. Esta tarea es conocida como “reestructuración” o “segmentación” que puede ser tanto a nivel “horizontal” –dentro de un mismo segmento industrial– como “vertical” –desde la producción hasta el consumo–⁸¹. La segmentación –tanto horizontal como vertical– que se practicó en las industrias del gas natural y de la energía eléctrica en nuestro país son, a este respecto, prototípicos⁸².

Ahora bien, este “modelo regulatorio”, a diferencia del anterior, no utiliza como mecanismo de interferencia a la “directiva” sino a los “incentivos” que se ponen en cabeza del regulado, tal como veremos seguidamente. En lo sustancial, la imposición regulatoria está fundada en la obtención por parte de éste de una serie de “resultados” –básicamente de calidad de servicio–, mas, a diferencia del anterior esquema de “comando y control”, la “regulación” no le impone al prestador los “medios” por medio de los cuáles éste deberá alcanzar aquellos. Esta labor queda librada al regulado.

De esta forma, se ha dicho que la “regulación por incentivos” puede ser definida como el mecanismo de regulación por medio del cual, a través de la imposición de recompensas y penalidades se obliga al regulado a obtener determinados objetivos o resultados en la gestión, respecto a los cuáles la compañía tiene cierta “discrecionalidad” en el “cómo” obtener tales resultados⁸³. La idea reposa en la doble finalidad de garantizar la “libertad de gestión” que le permite al prestador comportarse como una empresa sujeta a las reglas del “mercado” y, por otro lado, en evitar la “asimetría informativa” que existe entre regulador y regulado que, como vimos, es una de las principales “fallas” del anterior modelo regulatorio⁸⁴.

77 HAYEK, Friedrich A; “La Competencia como Proceso de Descubrimiento”, en Estudios Públicos N° 50, Santiago de Chile, 1993.

78 LITTLECHILD, Sir Stephen C, “Regulators, competition and transitional price controls: A critique of price restraints in electricity supply and mobile telephones”, Institute of Economic Affairs, London, 2002, págs. 14 y sigs.

79 Conf. LITTLECHILD, Stephen, “Regulation of British Telecommunications Profitability”, Department of Trade and Industry, London, 1984 y del mismo autor “Regulators, competition and transitional price controls: A critique of price restraints in electricity supply and mobile telephones”, op. cit. BEESLEY y LITTLECHILD sostuvieron que, en Gran Bretaña, no era posible un paso automático del monopolio público a la competencia privada, motivo por el cual correspondía la regulación, cfr. BEESLEY, M.E & LITTLECHILD, Sir Stephen, “The regulation of U.K. privatized monopolies”, en BEESLEY, M.E (Editor); *Privatization, Regulation and Deregulation*, 2° ed; Routledge, London, 1995, pág. 72.

80 Conf. COWAN, Simon, “The water industry”, HELM, Dieter & JENKINSON, Tim (Editors), *Competition in Regulated Industries*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pág. 162.

81 Asi, GUASH, José Luis & SPILLER, Pablo T; *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues and the Latin America and Caribbean Story*, World Bank Latin American and Caribbean Studies, Washington, 1999, pág. 182; idem NEWBERY, David M; *Privatization, Restructuring and Regulation of Utilities, The Walras – Pareto Lectures*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000, pág. 188, entre otros

82 Para una visión de la política de reestructuración en los servicios públicos en Argentina, vid TAWIL, Guido S; “Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000.

83 Asi, BERG, Sanford, “Introduction to the fundamentals of incentive regulation”, en <http://bear.cba.ufl.edu/centers/purc/publications/acc04.pdf>.

84 Asi, BERG, op. cit; idem BALDWIN & CAVE, op. cit; pág. 43.

En nuestro país, ha dicho la jurisprudencia respecto a este “modelo” –sustancialmente aplicado a las industrias energéticas, a las telecomunicaciones⁸⁵ y, más modernamente, a las nuevas regulaciones establecidas respecto a la provisión de agua potable y saneamiento– que “(...) lo que resulta novedoso en la regulación es el hecho de que la gestión de la actividad de la concesionaria sea cuestión de su exclusiva competencia, desplazándose los controles del Estado respecto del concesionario hacia el resultado de la gestión en vez de a su desenvolvimiento (...); agregando luego que “(...) la fiscalización del Ente (...) sólo se limita a un resultado(...) (...) Por tal motivo, el modo como el concesionario obtiene el cumplimiento de los niveles de calidad exigidos en la reglamentación así como las decisiones relativas a las inversiones a realizar, personal a emplear, medios de financiación y demás recursos, son (...) de resorte exclusivo de los concesionarios(...)”⁸⁶. Por tales motivos, también allí se ha dicho que este sistema tiene la ventaja que, como principio, “(...) no interfiere en absoluto en la gestión empresarial pero que requiere de un control más afinado de la calidad de servicio(...)”⁸⁷.

“(...) en un régimen de gestión de un servicio público el fin es la “prestación” del servicio y no la realización de obras o inversiones que sólo son un “medio” para el logro de dicho fin.”

Esta finalidad de garantizar la libertad de gestión tiene, en nuestro Régimen Constitucional, fundamento suficiente en la libertad de industria y comercio, no existiendo justificativo alguno para “sustraer” *per se* a las

empresas de servicios públicos de su vigencia⁸⁸. Como bien lo ha enfatizado COMADIRA la presencia del control y regulación estatal que establece la Constitución Nacional no supone la necesaria asunción por parte del Estado de la respectiva actividad⁸⁹. El viejo principio que, como vimos anteriormente, DÍEZ sentaba más de cincuenta años atrás respecto a la gestión de empresas de servicios públicos –“el empresario gestiona, la administración controla”⁹⁰– recobra en este sistema renovada vigencia, trasladando al gestor el “riesgo” de la explotación comercial del servicio⁹¹. Además, la eliminación –cuando menos, teórica– de la confusión de roles entre el “manager” del servicio y el “regulador”⁹², elimina un costo de transacción presente en el otro modelo que, al disminuir el “riesgo regulatorio”, abarata el costo de capital y las posibilidades de financiamiento por mecanismos de “project finance”, en donde la principal garantía de repago de los créditos otorgados “ex ante” para emprender el financiamiento de inversiones en el servicio, está dada por la generación de un “flujo de caja” (“cash flow”) proveniente de la gestión del servicio⁹³. Merece señalarse que, respecto a este “modelo regulatorio”, la jurisprudencia nacional ha considerado que la decisión de proceder endeudarse para financiar, así, la prestación del servicio resulta privativa y discrecional de la compañía y, por ende, un costo no trasladable a los usuarios⁹⁴.

Por otra parte, la focalización de la “regulación” en los “resultados” y no en los “medios”, además de permitir una más eficiente gestión del servicio al no encontrarse obligado el prestador a realizar “inversiones” (dinerarias o físicas) que resulten superfluas y que, por ende, terminen siendo sufragadas innecesariamente por los usuarios, evitando también renegociaciones periódicas⁹⁵, permite otorgar a la prestación de servicios públicos su verdadero carácter “prestacional” o de “gestión servicial” en lugar de confundirla con la realización de obras públicas, más propias de otras clases de funciones⁹⁶. Dicho de otra forma: en un régimen de gestión de un servicio público, el fin es la “prestación” del servicio y no la realización de obras o de inversiones que sólo son un “medio” para el logro de dicho fin.

85 Así, TAWIL, “Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, op.cit y ABADALA & SPILLER, op. cit; pág. 35.

86 CNFed. Cont. Adm, Sala IV, in re “Central Térmica Güemes S.A. v. ENRE”, 9/12/2002, considerando citado.

87 CNFed. Cont. Adm, Sala IV, in re “Central Térmica Güemes S.A. v. ENRE”, 9/12/2002, considerando citado.

88 Conf. DE LA RIVA, Ignacio, “La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados”, en Revista de Derecho Administrativo N° 44, Junio 2003, págs. 293 y sigs.

89 COMADIRA, Julio Rodolfo, y “El servicio público como título jurídico exorbitante”, en E.D. Suplemento de Derecho Administrativo del 31/12/2003.

90 Esta máxima fue expuesta por el Comisario de Gobierno en el caso “Compagnie de Chemins de Fer PLM et autres”, resuelto por el Consejo de Estado Francés el 18/7/1930; cfr. RAYMUNDIE, Olivier, *Gestion Déléguée des Services Publics en France et en Europe*, Le Moniteur, París, 1995, pág. 276.

91 Recordemos el principio que dice que hay que trasladar los riesgos a la parte que esté en mejores condiciones de afrontarlos y evitarlos.

92 Distinción que cobra particular importancia en servicios que han sido transferidos al sector privado fruto de la ineficiencia de la anterior gestión pública.

93 En un sentido amplio, se ha dicho que el “project finance” supone el financiamiento de un proyecto de infraestructura de gran envergadura (...) donde la mayor parte del financiamiento no es provista por ninguna forma de aporte de capital y que debe ser repagado, principalmente, con los fondos generados por el proyecto mismo”, VINTER, Graham D; *Project Finance*, 2° ed; Sweet & Maxwell, London, 1998, pág. xxxi. La mayor parte de los grandes proyectos de inversión en infraestructura en Argentina, Latinoamérica y en el mundo se han financiado por esta vía, aprovechando la “globalización” del mercado de capitales. Una referencia reciente a este mecanismo de financiación en materia de servicios públicos puede leerse en la Resolución ENARGAS 2877/2003, del 19/9/2003.

94 CNFed. Cont. Adm, Sala II, “Transportadora de Gas del Norte”, del 12/11/2002 con nota de CAPLÁN, Ariel, “A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas”, en Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo La Ley del 14/2/2003, págs. 1/10. De todas maneras, ello no quita que su situación deba ser considerada en casos donde, por ejemplo con lo ocurrido con la pesificación de tarifas dispuesta por la Ley 25.561, ha sido el propio Estado quien ha “encarecido” notoriamente el costo de endeudamientos ya asumidos comprometiendo sus posibilidades de repago; sobre el particular vid, ROCHA PEREYRA, Gerónimo, “Endeudamiento y Riesgo Empresario”, ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de Servicios Públicos, Mendoza, Abril de 2004.

95 Debe tenerse en cuenta que la “inversión” que en el momento del diseño de la regulación puede ser considerada “esencial”, al poco tiempo, fruto de la eficiencia del gestor o de los avances tecnológicos –o de los errores del Estado en su inclusión como obligación autónoma– puede resultar innecesaria, lo que obligaría a proceder a la “renegociación”.

96 SARMIENTO GARCÍA, siguiendo a BIELSA y CANASI, ha renovado la distinción entre “servicio público” como actividad prestacional donde lo relevante es la “explotación” y la “obra pública” donde lo relevante es la “construcción”, cfr. SARMIENTO GARCÍA, op. cit, págs. 85/86.

Ahora bien, para que un sistema de “resultados” pueda funcionar es necesario dotarlo de las “penalizaciones” y “recompensas” que tipifican a todo régimen de “regulación por incentivos”. En este sistema operan a un doble nivel.

Por un lado, y al convertirse en un régimen de control de resultados “*ex post*” resulta fundamental la existencia de un régimen de “penalizaciones” que, antes que estar orientado a “sancionar” el incumplimiento de los “resultados” –pasado– esté destinado a “incentivar” al prestador a su logro –futuro–. Para lograr este objetivo, las sanciones deben tener una entidad tal que, aún desvinculadas del daño causado a los usuarios o al “servicio”, la señal que trasluzca sea que le resulta económicamente más conveniente al gestor –tanto en el corto como en el largo plazo– arribar a los resultados regulados antes que no hacerlo y abonar la multa correspondiente. De allí que, por ejemplo en nuestro país, las “multas” por defectuosa calidad de servicio se determinen mediante la utilización de índices de “mayoración” que le confieren a las penalidades una relevante entidad económica⁹⁷.

Por otro lado, el sistema se asienta en los “incentivos” –y paralelos, “desincentivos”– que recaen sobre el régimen remuneratorio. El mismo consiste en uno de “precio tope” o “*price cap*” –cuya inspiración se atribuye a LITTLECHILD– en función del cual el prestador tiene derecho a percibir un precio máximo durante un determinado período con el consiguiente derecho a apropiarse de las “ganancias” que logre durante el mismo debido a la gestión eficiente del servicio, transfiriendo tales ganancias de eficiencia a los usuarios en el siguiente período mediante una reducción real de las tarifas en función de un “factor de eficiencia”⁹⁸.

Como se podrá observar, es claro el incentivo que tiene el prestador para ser “eficiente” en la gestión: al tener el derecho a cobrar un “precio máximo”, todo “ahorro” en los costos representará una “ganancia” adicional –diferencia entre el primer costo ahorrado y el precio máximo autorizado a ser percibido de los usuarios– que le pertenecerá en propiedad durante el período tarifario correspondiente. Por tal motivo no corresponde, antes

de la pertinente revisión ordinaria de tarifas, proceder a una reducción de éstas en función del ahorro de eficiencia logrado por el prestador. Si así no fuese, el sistema de “incentivos” perdería todo sentido⁹⁹.

Ahora bien, cabe preguntarse si, en este sistema, la “variable” de regulación tarifaria es la “rentabilidad” o el “precio” autorizado a percibir de los usuarios. Dicho de otra forma: corresponde determinar si en este sistema el regulador –durante cada período tarifario– está, o no, autorizado a operar sobre la “tasa de retorno” del prestador, al estilo de lo que ocurre en el otro sistema.

LITTLECHILD ha señalado que este sistema se ha concentrado antes en el “precio” que en las “ganancias”¹⁰⁰. En esto parecería que el célebre regulador se habría basado en la concepción “hayekiana” que considera que en un mercado son los “precios” los elementos que producen “señales” o “información” para los agentes económicos y los que, en función de la información que esos precios transmiten, les permiten innovar y competir. Así, si de lo que se trata por vía de la regulación es, precisamente, crear condiciones para el desarrollo de conductas competitivas, parecería ser que la variable de “regulación” sería el “precio” –cuadro tarifario o tarifa máxima– y no la “rentabilidad”.

Lo dicho en último término parece razonable cuando de lo que se trata es de incrementos –o disminuciones– en la rentabilidad motivados por la gestión eficiente –o ineficiente– del prestador¹⁰¹. Distinto –y problemático– es si tales alteraciones en la rentabilidad obedecen a circunstancias externas y diferentes a la mera gestión eficiente y/o ineficiente de la compañía. Sobre el particular, parte de la literatura regulatoria británica, si bien se manifiesta con cierto grado de dudas sobre el punto, contemplan la adopción de algún mecanismo que, en el caso en que tales modificaciones a la rentabilidad se deban a factores exógenos o a la existencia de asimetrías de información, permita operar sobre la rentabilidad o, de otra forma, “compartir” el exceso de la misma con los usuarios, amén de la posibilidad de un impuesto a las ganancias extraordinarias (“*windfall tax*”)¹⁰². Desde otra perspectiva, se ha sostenido que en este modelo,

97 Así, ver, por ejemplo, Subanexo IV de los Contratos de Concesión de las Empresas Distribuidoras de Energía Eléctrica en Capital Federal y Gran Buenos Aires, diseño regulatorio tomado por la mayor parte de las concesiones provinciales. Sobre el régimen sancionatorio en energía eléctrica, vid SILVA DE ALFANO, María Graciela Andina y SCHNEIDER, Rolando, “La reestructuración del sector eléctrico argentino a través del actual marco regulatorio: Aspectos novedosos” y BARREIRO, Rubén A.; “Naturaleza jurídica de la relación concesionario-usuario y responsabilidades emergentes”, en ambos casos, en AAVV, *Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad*, ed. oficial del ENRE, Bs. As, 1995, en especial, págs. 96 y sigs. y 257 y sigs, respectivamente.

98 LITTLECHILD, Sir Stephen, *Privatisation, Competition and Regulation*, Institute of Economic Affairs, Londres, 2000, págs. 20/21 y CNFed. Cont. Adm, Sala IV, in re “Central Térmica Güemes S.A. v. ENRE”, 9/12/2002, considerando citado. El sistema es usualmente conocido bajo la fórmula *RPI-X* originalmente diseñada por LITTLECHILD para las tarifas de *British Telecom*.

99 Sobre el particular, dijo el Poder Ejecutivo Nacional ante una pretensión del ETOSS similar a la que puse como hipótesis en el texto principal: “(...) Que el criterio aplicado por el ENTE TRIPARTITO DE OBRAS Y SERVICIOS SANITARIOS para el ajuste de los costos de energía eléctrica, implica una apropiación de ganancias de eficiencia logradas por el Concesionario y una modificación del criterio utilizado en ocasión de la primera revisión tarifaria extraordinaria, basada en el numeral 11.11.1.2. del Contrato de Concesión. En razón de lo expuesto, resulta procedente lo solicitado por AGUAS ARGENTINAS SOCIEDAD ANONIMA, dado que no se encuentra justificado en una revisión de costos extraordinaria proceder a transferir a la tarifa ganancias de eficiencia, las que si deben ser tenidas en cuenta en una revisión ordinaria (...);” conf. Decreto 1196/98, B.O. 15/10/98.

100 LITTLECHILD, *Privatisation, Competition and Regulation*, op. cit: pág. 20

101 Sobre el particular, vid TAWIL, “Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, op. cit; y SACRISTÁN, Estela B; “Eficiencia y Tarifas (Con especial referencia al Factor X)”, en Revista de Derecho Administrativo año 2001, Bs. As, 2001, págs. 188 y sigs y la completa bibliografía allí citada.

102 Así, BALDWIN & CAVE, op. cit: pág. 233 y sigs; idem PURDY, Mark & CULLUM, Phillip, “Utility Regulation: A consumer perspective”, en 8 Utilities Law Review, July-August 1997, págs. 144 y sigs. Sobre el particular, vid SACRISTÁN, “Eficiencia y Tarifas (A propósito del Factor X)”, op. y págs. cit. Sobre el impacto que modificaciones de esta índole pueden tener en la concepción británica de las “licencias”, vid lo expuesto entre nosotros en BUDASSI, Iván, “Licencias y Concesiones. Un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina”, en Revista de Derecho Administrativo, N° 24/26, Bs. As, 1997, págs. 256 y sigs.

antes que una regulación “directa” de la tasa de retorno la referencia a ésta es “indirecta”, admitiéndose la excepcional revisión anticipada del cuadro tarifario en caso de circunstancias excepcionales o respecto a las cuáles el prestador no esté en condiciones de evitar¹⁰³.

Lo cierto es que, de admitirse esta última solución, las diferencias “conceptuales” entre ambos sistemas –cuando menos, desde el punto de vista tarifario– quedarían reducidas a una relación inversa de “principio vs. excepción”, donde lo que para uno es el principio, para el otro sería la excepción y viceversa, lo que obligaría, además, a ajustar la “otra cara” del sistema regulatorio como lo es la vinculada a las “obligaciones de resultado” que vimos anteriormente. De todas formas, hay que tener presente que en nuestro país, los modelos regulatorios utilizados para los principales servicios públicos, si bien habrían seguido a este modelo en lo sustancial, no lo habrían hecho en todos los casos en forma “pura”, puesto que, en ciertos aspectos, admitirían la introducción de mecanismos y variables regulatorias propias del régimen de “tasa de retorno” o de “comando y control”, lo que ha tornado dificultoso determinar cuáles son los principios básicos que deben guiar su interpretación¹⁰⁴.

Es importante destacar que, en nuestro país, se ha criticado profundamente a este “modelo regulatorio” –calificado como de “regulación residual”– tanto por considerarse erróneas las bases dogmáticas sobre las que se asienta como por los resultados prácticos obtenidos de su presunta aplicación en la realidad argentina¹⁰⁵.

Así, se ha señalado en este “modelo” la ausencia de toda “regulación social”, en donde –se sostuvo– el “compromiso estatal es notoriamente débil”¹⁰⁶. Por ejemplo, se ha puesto énfasis en la inexistencia de mecanismos que permitiesen acceder a los servicios a los sectores sociales más vulnerables a través de descuentos especiales o facilidades de pago que, en aquellos pocos casos donde existirían “subsidios”, éstos no pesarían sobre las empresas sino sobre el propio Estado quien los otorgaría con criterios mucho más restrictivos¹⁰⁷. Asimismo, y por motivos similares, se ha criticado fincar la idea de regulación en la de “ganancia”

del prestador que no respondería a la necesidad de lograr los fines sociales mencionados¹⁰⁸. Por su parte, también se ha considerado que el *default* de los préstamos tomados por las empresas prestadoras “abrió un cuestionamiento adicional a la capacidad de gestión de la infraestructura por parte de las empresas privadas, dando por tierra con otros de los mitos neoliberales”. Adicionalmente, y respecto a limitar los controles estatales a los “resultados” se ha dicho que este sistema, al basarse en un control “*ex post*”, no asegura suficientemente la prestación¹⁰⁹ así como que, en la Argentina, se ha revelado la inexistencia de efectiva capacidad de contralar de tales resultados por parte de los reguladores¹¹⁰. Finalmente, los resultados de su aplicación habrían derivado en una reasignación de rentas a favor de los prestadores sin que la pretendida “eficiencia” se hubiese logrado. En líneas generales, entonces, la crítica sustancial a este “modelo” podría ser sintetizada en que el mismo revelaría un abandono inadmisibles de parte del Estado de funciones que le son básicas e irrenunciables respecto al logro de la “equidad social” en favor de concepciones que han pretendido librar al servicio público a la lógica mercantil¹¹¹.

V. Corolario

Tal como lo señalábamos en la Introducción, parece existir en la actualidad, una clara tendencia por parte de los poderes públicos en considerar necesaria una mayor ingerencia estatal en la regulación de servicios públicos y otras industrias de interés general. Ello llevaría, entonces, a un abandono del paradigma de la “regulación por incentivos” –la libre gestión empresarial del servicio– en favor de la “regulación de comando y control”. Tal como lo expresamos, el proyecto de ley de régimen de servicios públicos remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, se inclina, notoriamente, en esta línea.

De todas maneras, creo conveniente remarcar que por pruritos ideológicos no debe obviarse la útil tarea de determinar cuáles aspectos de cada “modelo regulatorio” son los que pueden ser aunados entre sí para dar forma a un sistema “mixto” que permita el logro de las finalidades pretendidas. El régimen exorbitante que caracteriza al servicio público supone equilibrar

103 Así, GREEN, Richard & RODRÍGUEZ PARDINA, Martín, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities. A Manual for Regulators*; EDI Development Studies, World Bank, Febrero de 1999, págs. 11 y 46.

104 Sobre el particular, vid TAWIL, “Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, op.cit; y SACRISTÁN, Estela B; “La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de Price Caps”, en E.D. Suplemento de Derecho Administrativo del 30/6/2003, pág. 6 y sigs.

105 Así, vid THWAITES REY, Mabel y LÓPEZ, Andrea, *Fuera de Control. La Regulación residual de los servicios privatizados*, ed. Temas, Bs.As, 2003.

106 THWAITES REY y LÓPEZ, op. cit; pág. 63.

107 Idem nota anterior.


108 THWAITES REY y LÓPEZ, op. cit; pág. 140.

109 Señala que esta es la principal crítica formulada al sistema de control “*ex post*”, POZO GOWLAND, Héctor, “Los servicios públicos. La renegociación de sus contratos”, en E.D. Suplemento de Derecho Administrativo del 31/8/2004, pág. 2. Sobre el particular, recuérdense las críticas que mereció el ENRE por no haber “controlado” las obras, el estado y el funcionamiento de la Sub Estación Azopardo que derivaron en el conocido corte de principios de 1999 que afectó a gran parte de los usuarios de la Capital Federal.

110 THWAITES REY y LÓPEZ, op. cit; pág. 57.

111 THWAITES REY y LÓPEZ, op. cit; pág. 139. En este sentido, se ha afirmado que “Desde nuestra óptica, se trata de replantear las responsabilidades del Estado, no como mero garante de la transparencia de las decisiones privadas, sino como soporte fundamental de la equidad social. En este sentido, la razonabilidad de la retribución (no necesariamente ‘ganancia’) a los operadores (pueden o no ser privados), así como los costos, precios, tarifas y planes de expansión de los servicios públicos depende tanto de la imposición de reglas de juego claras como de la voluntad política para articular una nueva coalición que tenga como eje básico a los trabajadores y a los ciudadanos-usuarios. Es preciso, entonces, revertir la tendencia privatista, desmercantilizar (es decir, eliminar la idea de lucro como único motor eficaz para lograr un funcionamiento efectivo de las tareas sociales básicas: salud, educación, servicios públicos, prestaciones sociales, etc.) y generar una ampliación significativa de los derechos universales que constituyen la ciudadanía social (...)”, pág. 140.

en su justa medida la prerrogativa pública y la garantía particular¹¹². Si la participación privada será todavía necesaria –por más que les pese a algunos–, lo cierto es que establecer incentivos a que dicha participación sea genuinamente convocada y utilizada obligará a realizar esta tarea de decantación y acoplamiento. El resultado de la misma tal vez se patentice en las

nuevas fórmulas denominadas “Asociaciones Público-Privadas”, de utilización promocionada en varios países de la OCDE, de forma tal que resulten ser el cauce que permita una eficaz convivencia entre ambos sectores, permitiendo que cada uno de ellos aporte al sistema aquellas capacidades que está en mejores condiciones de dar¹¹³. El futuro lo dirá 

112 COMADIRA ha hecho mención a una visión “servicial” de la prerrogativa y a un concepto “solidario” del derecho subjetivo, cfr. COMADIRA, op. cit.

113 Se ha caracterizado a las “Asociaciones Público-Privadas” (“PPP” en sus siglas en inglés) como “una forma de colaboración entre los sectores público y privado que tiene el objeto de implementar un proyecto de envergadura en el cual los recursos, capacidades y habilidades son provistas por cada sector en forma conjunta”, cfr. Economic Commission for Europe, United Nations, “Public-Private Partnerships A new concept for infrastructure development”, New York and Geneva, 1998. Para un mayor desarrollo de esta temática, vid AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Principios Jurídicos aplicables a las Infraestructuras Públicas”, en AAVV, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, ed. Ciencias de la Administración, Bs As, 2005, págs. 424 y sigs.