

## Libertad, regulación y razones para regular.

*Estela B. Sacristán*

SUMARIO: I. Planteo. II. Un presupuesto o punto inicial. a) La libertad como presupuesto. b) Intergeneracionalidad. c) Vinculación con las fuerzas del mercado. III. El derecho como coordinador o regulador. a) Coordinador o regulador para bien. b) Triple función y finalidad de bien. c) Explicitación. Una propuesta de cadena delegacional. d) Acerca de la “regulación autoritativa”. e) Derivaciones. Límites. f) Relaciones prius-derechos. g) Recapitulando. IV. Supuesto de regulación económica. a) Aproximación. b) Fundamentos de la regulación económica. c) El mercado como punto de abordaje epistemológico. V. Razones para regular. Fundamentos de la regulación económica. a) Control del poder monopólico. b) Controlar las ganancias o la rentabilidad excesiva. c) Neutralizar costos o beneficios excedentes (externalidades). d) Información inadecuada. e) Competencia excesiva o destructiva. f) Otras justificaciones. VI. Para concluir.

### I. Planteo<sup>1</sup>.

El término “regulación” es empleado a diario: se habla de “regulado” y “desregulado” para distinguir lo sujeto a las normas jurídicas de lo sometido a las fuerzas del mercado; se alude, con ese término, a las normas de contenido o con efectos económicos, en oposición a aquellas que refieren a contenidos no patrimoniales o efectos no mensurables patrimonialmente; se lo utiliza para referirse a acción y efecto de regular, es decir, de uniformar, reajustar, ajustar, poner en orden; incluso se acude a él con la intención de “determinar reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo”, con lo que equivaldría a normativizar o reglamentar.

Más allá de estos matices o acepciones –muchas de las cuales surgen de la sistematización que realiza la Real Academia Española–, lo cierto es que el término “regulación” no significa siempre lo mismo, e incluso se podría argumentar que sus inciertos bordes semánticos permiten hablar de diversos conceptos de regulación, e incluso de diversas clases, sea la misma más o menos general, o más o menos intensa: no es lo mismo normativizar que uniformar o reglamentar. Estas vertientes diversas del plano del significado podrían sostener distintos roles para el término y, en especial, para dar sentido a su pretendida vocación de servir como fundamento de medidas oficiales.

<sup>1</sup> Agradezco a la estimada colega y amiga, doctora Pilar Zambrano, sus oportunos comentarios en la etapa de elaboración de este trabajo, cuya versión preliminar se halla en prensa en Brasil.

En vistas de ello, propongo estas notas, que versan sobre una clase de regulación en particular—la de índole económica—y sus fundamentos o justificaciones. Ello, en la simple tesitura de que, en la medida en que regular, en general, tenga fundamentos, una medida oficial concreta de regulación también los tendrá, y viceversa. A tal fin, y por razones metodológicas, procedo a indagar en el contexto de libertad que sirve de algo más que de telón de fondo de la regulación pues se erige en presupuesto básico (sección II). Fijado ese punto de inicio, y comprobado el papel regulador del derecho (sección III), me detendré en el supuesto específico de la regulación económica (sección IV), para repasar, críticamente, las diversas justificaciones que se han propuesto para fundar la regulación (sección V), y propiciar las reflexiones finales del caso (sección VI).

## II. Un presupuesto o punto inicial.

El punto de abordaje del tema que se desarrolla *infra* toma en consideración la preexistencia de un *prius* o presupuesto inicial ineludible: tal, el de la libertad, que es “el supuesto metafísico del derecho y de ahí que éste, por su misma esencia, consista en una protección de la libertad, [...] en una organización de la misma”<sup>2</sup>.

### a) La libertad como presupuesto.

Este presupuesto del derecho, en tanto concebido como normación<sup>3</sup>, es reconocido, en nuestro país, por el derecho positivo en el momento de la organización constitucional misma. La Constitución argentina llamada “Constitución histórica”, sancionada entre 1853 y 1860, consagra una fórmula que se halla hoy vigente: tal la que asegura “los beneficios de la libertad”, fórmula que se halla contenida en el Preámbulo<sup>4</sup>. De tal manera, la libertad se yergue en presupuesto ontológico, necesario.

Si bien puede negarse el carácter normativo de las previsiones contenidas en el Preámbulo por no integrar, en sentido estricto, el articulado del texto constitucional —aunque se ha justificado un aserto opuesto<sup>5</sup>—, no se podría negar su finalidad de exponer las razones que llevarán, al constituyente, a sancionar la Constitución.

<sup>2</sup> Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed. rev. y aum., Barcelona, Bosch, 1979, p. 534.

<sup>3</sup> Ver Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 743; Vilanova, José, *Elementos de filosofía del derecho*, 2ª ed. act., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1984, p. 113.

<sup>4</sup> El punto es destacado por Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 4, p. 104, donde se refiere a la “institucionalización de la libertad en la Constitución Nacional”, con cita de “María Álvarez de Schuster”, *Fallos*: 191:388 (1941).

<sup>5</sup> Al menos el objetivo de “afianzar la justicia” tiene plena operatividad; cfr. Gelli, María Angélica, *Constitución de la nación argentina. Comentada y concordada*, 4ª ed. ampl. y act., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, p. 7. Es importante destacar la diferenciación que la citada jurista efectúa en punto a las diversas etapas de nuestro país, y la garantías de los derechos en cada una de ellas; cfr. Gelli, *Constitución...*, op. loc. cit.

### **b) Intergeneracionalidad.**

En el específico supuesto de nuestra Constitución, como ese “asegurar” los beneficios de la libertad aparece en el Preámbulo acompañado de la mención de las generaciones presentes y futuras (“para nosotros, para nuestra posteridad”), no parecería reducirse a las generaciones presentes necesitadas de protección –en lo que podría divisarse un espíritu cortoplacista, individualista si se quiere. Ello, en tanto se introduce una valoración del orden plural o no individual con criterio de solidaridad intergeneracional<sup>6</sup>. Ambos extremos –generaciones tanto presentes como futuras– recuerdan los estudios de justicia intergeneracional que muchos años después efectuara Rawls.

En efecto, según el citado iusfilósofo, dado “el problema de hasta qué punto la generación presente está obligada a respetar las demandas de sus sucesores”<sup>7</sup>, se sigue que “en el caso del individuo, la preferencia en el tiempo es irracional. Significa que no está considerando todos los momentos como partes iguales de una vida. En el caso de la sociedad, la pura preferencia en el tiempo es injusta. Significa (como, por ejemplo, cuando se desestima el futuro) que los que viven toman ventaja de su posición en el tiempo para favorecer sus propios intereses”<sup>8</sup>. Al prever, entonces, el Preámbulo, que la libertad asistirá a generaciones presentes y futuras, parecería estar desplazando las injusticias de la preferencia irracional por el presente, para asistir, beneficiar o inspirar, también, al interés de las generaciones futuras.

Esta tesis, en cuanto a la tutela de los intereses intergeneracionales, se halla presente también en la producción iusadministrativista<sup>9</sup>.

### **c) Vinculación con las fuerzas del mercado.**

En ese marco de libertad pura operarían fuerzas similares a las de la Física. Todo se acomoda según leyes no escritas, o que, en rigor, no necesitan ser escritas. En ese mundo de pura libertad, cada uno ocupa su lugar, y el determinismo y la estática social –con sus inevitables mantenimientos del *status quo* y la prevalencia del interés del más fuerte– aventan toda posibilidad de cambio voluntario: es el universo de *Lochner*<sup>10</sup>, o de *Hileret*<sup>11</sup>,

<sup>6</sup> Sobre las diferencias entre individualismo liberal y otras formas de liberalismo puede verse Recasens Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 6ª ed., México, Porrúa, 1978, p. 512 y sigs.

<sup>7</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia* (trad. de María Dolores González), Buenos Aires, FCE, 1978, p. 323.

<sup>8</sup> Rawls, *Teoría de la Justicia...*, *op. cit.*, p. 334.

<sup>9</sup> Puede verse Cassagne, Juan Carlos, “El servicio público y las técnicas concesionales”, en *LL* 1995-C, pp. 1174/1189, esp. p. 1189.

<sup>10</sup> “Joseph Lochner, plaintiff in error v/ people of the State of New York”, 198 U.S. 45; 25 S. Ct. 539; 49 L. Ed. 937, del año 1905.

<sup>11</sup> “Hileret v/ Provincia de Tucumán”, *Fallos*: 98:20 (1903).

o el mundo del utilitarismo de Bentham<sup>12</sup>, del determinismo de Spencer<sup>13</sup> o de la supervivencia, en la lucha, del más apto (*survival of the fittest*) de Darwin<sup>14</sup>, tan bien reflejado en la literatura inglesa<sup>15</sup>.

En ese libre ámbito, la presencia estatal es mínima o nula: “[L]a política social aplicada estaba claramente impregnada de espíritu liberal, lo que hacía que la asistencia brindada tuviera carácter mínimo, de modo que en ningún caso disuadiera a sus beneficiarios de continuar en la búsqueda de empleo”<sup>16</sup>. En ese libre ámbito, todo es ordenado tan solo por la naturaleza entendida no en el sentido tomista sino en el sentido –con apoyo en el determinismo– de desvinculación de toda consideración hacia el interés del otro, prevaleciendo el bienestar o el interés propios con ceguera hacia las necesidades de los demás. En ese libre ámbito –en fin–, rigen las fuerzas, por ej., de lo que se conoce como mercado –en rigor, el punto donde se encuentran la oferta y la demanda–, medio donde se crean o fijan los llamados precios de mercado, llevándolos hasta el punto máximo pasado el cual ya nadie quiere o puede pagar más; allí, se genera la competencia; allí, aquel que se yergue como monopolista explota su beneficiosa situación tangencial respecto del mercado; la información a los adquirentes es retaceada pues su provisión podría hacer mermar la demanda; todo se hace buscando la máxima utilidad a cualquier precio.

Así y todo, el mercado será –considerando una particular concepción sobre el hombre– “el instrumento que permite encauzar el egoísmo natural (que es una pasión desenfrenada) hacia fines loables”<sup>17</sup>.

Volveré sobre ello en la sección IV, *infra*.

<sup>12</sup> Bentham, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1907 (reimpr. de la ed. de 1823; 1ª ed. 1780), cap. I, I.3: “[...] By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness”.

<sup>13</sup> Spencer, Herbert, *Social statics or the conditions essential to happiness specified, and the first of them developed*, Londres, John Chapman, 1851, cuya mejor síntesis es hacer prevalecer a la naturaleza por encima del hombre, pues aquella domina a éste: “He, like every other man, may properly consider himself as an agent through whom nature works” (cap. XXXII, § 7).

<sup>14</sup> Darwin, Charles, *On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life*, 2ª ed., Londres, John Murray, 1860, cap. III, p. 80: “All that we can do, is to keep steadily in mind that each organic being is striving to increase at a geometrical ratio; that each at some period of its life, during some season of the year, during each generation or at intervals, has to struggle for life, and to suffer great destruction. When we reflect on this struggle, we may console ourselves with the full belief that the war of nature is not incessant, that no fear is felt, that death is generally prompt, and that the vigorous, the healthy, and the happy survive and multiply”.

<sup>15</sup> Recordemos a Fowles, John, *The french lieutenant's woman*, Londres, Jonathan Cape Ltd., 1969, 445 pp.

<sup>16</sup> Como recuerda Ignacio M. de la Riva, *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 58, con cita de Ritter, *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, pp. 66-73, a propósito de la *Ley de Pobres* inglesa de 1834.

<sup>17</sup> Acerca de los diversos modos de concebir al hombre, ver, con provecho, Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, esp. pp. 153/163, pp. 162/162.

### III. El derecho como coordinador o regulador.

Pero no todo es estado de naturaleza en lo que hace a las personas pues pueden considerarse superados el determinismo, la estática social o la pura lucha, mediante una herramienta loable con génesis en la práctica: el derecho. En este sentido, el derecho es uno de los medios que permiten la vida en sociedad: se ha afirmado, incluso, que sin el derecho la vida social sería impensable<sup>18</sup>.

#### a) *Coordinador o regulador para bien.*

En la misma línea de pensamiento, el derecho puede ser concebido un coordinador o regulador de conductas: incluso como un coordinador de conductas, con justicia, o como coordinador de conductas orientadas al bien común<sup>19</sup>.

La mentada concepción, puesta en términos cotidianos, implica que sin derecho sería arduo vivir en armonía con los demás pues la vida tendría balcones al permanente uso de la fuerza, del capricho, del egoísmo. Esta concepción nos coloca, además, frente a la idea de regulación: se regulan conductas no solamente para contener la imposición de la voluntad del más fuerte, sino también para coordinar el obrar común de personas que, con buena voluntad, buscan un bien común.

El derecho no se propone solamente para contener el uso ilegítimo de la fuerza, sino también, y fundamentalmente, para superar los llamados “problemas de coordinación”<sup>20</sup>. Y la función coordinadora del derecho manifiesta también una cuestión antropológica previa: el hombre no se limita a actuar junto a otros, sino que actúa con otros en pos de un bien común. El derecho, en palabras de Cotta, se da en el plano de la realización co-existencial del hombre<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 276. En rigor, el derecho es la opción por la razón o la verdad frente a la violencia como modo de resolución de conflictos, cfr. Cotta, Sergio, *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica* (Ismael Peidró Pastor, trad.), Pamplona, EUNSA, 1987, p. 38, y el término violencia no tiene un sentido meramente físico pues violento es todo lo que se desvía de lo razonable o debido en justicia, por efecto de un abuso de una posición dominante. Ver, asimismo, la propuesta de Zambrano, Pilar, “Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”, en *Persona y Derecho*, 60, 2009, pp. 131-152.

<sup>19</sup> Sobre el derecho como –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones– conjunto de reglas e instituciones dirigidas razonablemente a resolver cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, ver Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 153, o p. 276 de la 2ª ed.; Zambrano, Pilar, “El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Nro. 4, Año 2010, pp. 323/366, esp. p. 346.

<sup>20</sup> Ver Finnis, *Natural Law...*, op. cit., p. 255.

<sup>21</sup> Ampliar en Zambrano, “El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis...”, op. cit., p. 330: “La respuesta de Finnis, como la de Aquino y antes Aristóteles, asume un concepto teleológico de acción, donde el bien se constituye en fin necesario de todo obrar. El obrar se activa siempre en pos de un fin, y el fin que activa el ‘querer obrar’ es el bien conocido: cada vez que obramos buscamos o apetezamos realizar algo que se nos representa como bueno”.

### **b) Triple función y finalidad de bien.**

Dentro de ese contexto que podemos percibir como social o de alteridad (con sus conductas pasibles de coordinación), puede advertirse la denominada triple función del derecho con relación al obrar humano: (i) por un lado, el derecho concebido como un medio de motivación de conductas (el respeto hacia los demás, o la posibilidad de una multa, me inducen o incentivan a extender el brazo antes de girar; repatrio dólares porque me atrae el incentivo de que me liberen de pagar impuestos)<sup>22</sup>. Por otro, (ii) el derecho concebido como parámetro de interpretación de las conductas (extender el brazo antes de girar, u omitir hacerlo, es pasible de lecturas según moldes prefijados). Finalmente, (iii) el derecho concebido como parámetro de valoración de la conducta (en la medida en que el obrar sea contrario a una norma jurídica, es “malo” o “injusto”, o “ilegítimo”).

En cierto modo, la concepción inicial, así como las otras dos son mutuamente compatibles pues las conductas, en cuanto son interpretadas o apreciadas, presuponen alteridad, es decir, un punto de vista externo al agente, lo cual conduce a una dimensión no individual sino social; y la incentivación de conductas viene dada también desde lo social, pues así como el derecho me motiva a hacer, también me motiva a no hacer; por ej., a no hacer lo contrario al derecho, es decir, lo contrario a la vida coordinada, en sociedad.

Así las cosas, ese formidable ordenador de nuestra vida en sociedad, que a la vez que motiva y orienta conductas, nos permite interpretar o leer conductas de terceros, se endereza o inspira en obtener un *bien común*. Resulta trascendente enfatizar esta finalidad pues implica cambiar el centro de atención, de la actividad o su percepción por las personas, a la finalidad de la labor reguladora: el regular ya no se limitará al control sostenido y concentrado ejercido por el órgano o ente estatal sobre actividades que son consideradas valiosas por una parte de la comunidad<sup>23</sup>, donde la coacción parece dividir a unos contra otros, sino que, como coordinación, incluirá ordenar (y controlar ese orden) en vistas al bien de la comunidad total en una suerte de ejercicio que realiza el bien de todos.

Y, en el plano formal, ese formidable ordenador halla apoyo o sustento en, al menos, alguna clase de explicitación lingüística –textual o gestual o behavioural– para poder llegar a ser cognoscible y poder ser incentivo o molde u objeto de valoración, según el punto de vista que se adopte.

<sup>22</sup> Fijando la dicotomía y señalando las diferentes teorías requeridas por cada vertiente (visión formal, visión fáctica), Guibourg, Ricardo A., *Derecho, sistema y realidad*, Astra, Buenos Aires, 1986, p. 14.

De la lectura de Zambrano, “El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis...”, *op. cit.*, p. 336, surge que las personas no actúan solamente porque sí o por temor a una sanción o a la espera de un beneficio, sino que actúan de tal o cual manera por una “razón de bien”.

<sup>23</sup> Cfr. Ogus, Anthony, *Regulation - Legal form and economic theory*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 1, y la definición que allí luce, de Selznick, Philip, “Focusing organizational research on regulation”, en Noll, Roger (ed.), *Regulatory policy and the social sciences*, Berkeley, University of California Press, 1984, p. 363.

Va de suyo que “la formación de costumbre es un método tosco para generar soluciones autoritativas a los problemas de coordinación”<sup>24</sup>, con lo que la mentada explicitación representará un estadio posterior y –en la medida de su carácter autoritativo– más eficaz y eficiente de regulación.

### **c) Explicitación. Una propuesta de cadena delegacional.**

Esas explicitaciones –que presuponen publicidad y puesta a disposición, en forma ordenada, asequible<sup>25</sup>– podrán receptor o canalizar principios preexistentes seguramente de larga data o bien trasuntar nuevas orientaciones o moldes.

Si la explicitación (i) es prospectiva y no retroactiva; (ii) no es de imposible cumplimiento; (iii) ha sido promulgada, resultando (iv) clara y (v) coherente con las demás; y (vi) sus prescripciones son lo suficientemente estables como para permitirle a las personas ser guiadas por el contenido cognoscible de las mismas; (vii) el dictado de decretos y resoluciones aplicables a situaciones relativamente limitadas es orientado por reglas que son promulgadas, claras, estables y relativamente generales; y (viii) aquellos dotados de la autoridad para dictar, administrar y aplicar las reglas bajo algún cargo oficial (a) han de dar cuenta de su cumplimiento de las reglas aplicables a su actuación, y (b) en los hechos administran el derecho en forma previsible y de conformidad con su tenor; entonces, cumplidos todos estos recaudos, estaremos ante reglas o regulaciones que integren un “sistema jurídico” que “funcione bien”<sup>26</sup>. Este es el *desideratum* o serie de recaudos del *rule of law* de la pluma de Fuller<sup>27</sup>, asumidos por Finnis, que constituye una serie de indicadores formales de que una ley es justa, sin asegurar, empero, sin más, que la misma lo sea<sup>28</sup>.

Y aún cuando no se compartiera ese *desideratum*, podría, en una hipótesis de mínima, entenderse que lo normal es la norma, que regular será reglar, aplicar la misma regla, y que de allí procedería el sentido prácticamente intercambiable de ambos términos<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Finnis, *Natural Law and Natural Rights...*, *op. cit.*, p. 245.

<sup>25</sup> Pensemos, solamente, en el conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico administrativo. Su publicidad y puesta a disposición en un digesto “contribuye al acabado conocimiento de las normas jurídicas que regulan la disciplina, en la que quizás como en ninguna otra resulta una verdadera ficción el conocimiento del orden jurídico por su mera publicación, convirtiéndose, a partir de allí, en inexcusable para los administrados el error o la ignorancia de las leyes”, cfr. Merteikian, Eduardo, “La trascendencia del Digesto Jurídico Argentino para el derecho administrativo”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 398:7, Buenos Aires, Ediciones Rap, y la oportuna cita que Merteikian efectúa de Alexy: “En la tarea de definir lo que es el derecho, refiere Alexy, entre otros elementos, que la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con la Constitución debe poseer un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia (Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Buenos Aires, Gedisa Editorial, 2008, p. 123)”.

<sup>26</sup> Finnis, *Natural Law and Natural Rights...*, *op. cit.*, pp. 270/271 o pp. 270/271 de la 2ª ed.

<sup>27</sup> Fuller, Lon L., *The morality of law*, Storrs Lectures on Jurisprudence 1963, rev. ed., Yale University Press, New Haven y Londres, 1964, pp. 38/39.

<sup>28</sup> En principio, si estos recaudos se cumplen, la ley será justa. Mas son un requisito necesario de justicia, pero no suficiente.

<sup>29</sup> Sobre la función “normadora” de la ley, Legaz y Lacambra, *op. cit.*, p. 404.

Cierto es que las regulaciones podrían tener forma de cláusula constitucional, de ley formal, de decreto, resolución, etc. Es que, independientemente de que cumplan con esa serie de recaudos, son pasibles de ser consideradas integrantes del encadenado de delegaciones que proceden de allí donde reside el poder originario, es decir, el soberano pueblo que deposita su poder en el poder constituyente originario o derivado<sup>30</sup>, poder que, eventualmente, es depositado en los poderes constituidos, sus órganos y en otros delegatarios dotados de personalidad jurídica. Depositado, por cierto, no en forma desmedida sino dentro de los márgenes correspondientes.

#### **d) Acerca de la “regulación autoritativa”.**

Por último, la idea de “regulación autoritativa” (*authoritative regulation*)<sup>31</sup>—es decir, en términos simples, y siguiendo a Finnis, aquella equivalente a ‘razón suficiente’ para creer o actuar en su conformidad— remite a la posibilidad de que haya regulaciones que concreten aquellos ocho caracteres, regulando conductas, y perfilando lo que podemos catalogar como “autoridad para regular” o “competencia para regular”.

En esta perspectiva, si derecho es autoridad<sup>32</sup>, regulación autoritativa será derecho, aceptado en su fuerza autoritativa.

El derecho es “autoritativo” cuando sus normas son moralmente obligatorias, i.e., cuando obrar conforme a derecho no es meramente una cuestión de interés, sino de justicia. El derecho es capaz de generar obligaciones morales cuando cumple con su función de coordinar en vistas al bien común. Y ello —en fin— se hace patente o visible al particular por medio del cumplimiento de los desiderátum ya explicitados. En otras palabras, cuando esos recaudos se verifican, el particular tiene razones para creer que el derecho realiza el bien común y, por lo mismo, para creer que cumplir con la norma es el camino para obrar con justicia.

#### **e) Derivaciones. Límites.**

Más allá de todo lo dicho aquí, que la libertad constituya la regla —sea como *prius* o, al menos, como objeto de protección o elemento de organización— según vimos antes, significa, entonces, que las limitaciones a la libertad constituirán la excepción. Esas limitaciones pueden surgir de normas que aparentemente ostenten obligatoriedad. Y esas limitaciones pueden estar corporizadas en regulaciones.

Esta distinción, entre libertad y limitaciones manifestadas como regulaciones, implica que, en caso de duda, habrá de estarse siempre a la libertad, sustrato ontológico. Una interpretación en contrario implicaría degradar aquel *prius* o presupuesto, transformándolo, de regla, en excepción.

<sup>30</sup> Acerca de esta cadena procedimental, formal, técnica de delegaciones, que me permito llamar cadena delegacional, ver Legaz y Lacambra, *op. cit.*, p. 395.

<sup>31</sup> Finnis, *Natural Law and Natural Rights...*, *op. cit.*, p. 271, o p. 271 de la 2ª ed.

<sup>32</sup> Esta posibilidad lingüística es adoptada por Zambrano, “El derecho como razón...”, *op. cit.*, p. 341.



**f) Relaciones prius-derechos.**

Dado el contexto propuesto –conformado, en lo principal, por un presupuesto de libertad, y un ordenador o regulador–, aparecen las diversas *libertades* en particular: libertad de transitar, de permanecer, etc. Y los *derechos* pueden concebirse como aquello que aparece cuando tal o cual libertad me es impedida de alguna manera.

Por ello, como enseña Del Vecchio, puede decirse que, con los movimientos consagradores de derechos –pensemos en la *Declaración* de 1789, o incluso en el *Bill of Rights* de 1689 o en la *Carta Magna* de 1215– “los derechos del hombre son afirmados como restauración de la libertad preexistente”<sup>33</sup>.

**g) Recapitulando.**

Esbozadas estas ideas iniciales conviene dedicar los párrafos que siguen a indagar en el núcleo duro de la teoría de la regulación, v. gr., abordar los distintos fundamentos justificativos de la existencia de regulaciones; en especial, regulaciones económicas, es decir, las relativas a aquellos bienes que, por una razón u otra, resultan escasos; y sus modulaciones de cara a las variables hasta aquí consideradas.

**IV. Supuesto de regulación económica.**

Las regulaciones de los negocios y actividades de contenido económico, por parte de quien posee “autoridad regulatoria” o “competencia regulatoria”, pueden ser laxas, afectando apenas el *prius* de libertad subyacente. Pero también puede darse el supuesto de que sean tan intensas que se confundan con la propiedad de quien detenta esa autoridad o competencia, de modo tal que el margen de libertad de los actores privados –ajenos a las decisiones regulatorias– se vea prácticamente anulado o neutralizado.

**a) Aproximación.**

Liminarmente, puede afirmarse que una regulación autoritativa presupondrá separación entre regulador y regulado. Ello implica la identificación de la propiedad de quien detenta la autoridad o competencia con la de quien es regulado o aparece como dueño de la propiedad.

Con espíritu descriptivo, puedo decir que las regulaciones, en tanto emanadas de quien detenta esa autoridad o competencia, (i) estarán precedidas de alguna instancia cognoscitiva y participativa, en la que los futuros destinatarios puedan llegar a conocer y expresar su parecer, vinculante o no. A su vez, esas regulaciones (ii) emanarán de un especialista, con lo que se tratará de una autoridad o competencia regulatoria especiali-

<sup>33</sup> Del Vecchio, Jorge, *Persona, Estado y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 350.

zada. Las mentadas regulaciones, asimismo, (iii) estarán enderezadas a cumplir con una finalidad o interés público, que no es otra cosa que el interés *del* público –no el interés de la autoridad con poder regulatorio o el interés del aparato estatal al cual accede o el interés particular de un funcionario al frente de un órgano o ente estatal.

El proceso regulatorio operará encorsetado por (iv) la ley –ley en sentido amplio– presumiblemente delegante, dentro del encadenado de delegación ya mencionado en III.c); (v) las específicas regulaciones que mantendrán a la autoridad regulatoria dentro de un eje procedimental de relativa formalidad e independencia la cual, sin tener que lindar con la que se espera en un órgano judicial, deberá ser equidistante respecto de la empresa o el negocio regulado y el público involucrado. Por último, (vi) las regulaciones nuevas tienden a tomar, como modelo –a imitar, o a cambiar– las regulaciones anteriores, y esa es la razón por la que, para entender una regulación, cobran importancia o relevancia las normas delegantes vigentes y pretéritas, las reglas de procedimiento aplicables y las justificaciones teóricas que sirven de marco a la nueva medida regulatoria que regirá para el futuro.

Los seis recaudos apuntados tienen, en mi opinión, entidad como para poner evidencia en que la regulación en cuestión será una “regulación autoritativa”, es decir, que el proceso regulatorio de que se trate “funciona bien”, empleando la expresión de Finnis, asumiendo la *desiderata* de Fuller.

Además, estos recaudos son vinculables a los enumerados por el citado autor. Así, el último recaudo, de aplicabilidad al futuro, se vincula a la explicitación de prospectividad y no retroactividad. Los recaudos, en la norma promulgada y dada a conocer, de claridad y coherencia, estarán asegurados al haber mediado especialidad en el emisor y participación de quienes habrán comprendido la norma en cuya elaboración se participaba. La estabilidad de las prescripciones –de los diversos grados, más superiores o más inferiores respecto de la ley delegante, y considerando la eventual subdelegación– puede hallar fuerte sustento en la participación pero con los límites derivados de la especialidad para detectar y reglar nuevas situaciones. Y el evitar la consecución de intereses privados para hacer primar el interés público entendido –ya vimos– como interés del público –término que comprende incluso al regulado, y a los terceros– se logrará con la actuación de aquellos dotados de la autoridad para dictar, administrar y aplicar las reglas que, aplicadas con criterio de igualdad, no resulten de imposible cumplimiento, en la medida en que rindan cuentas del cumplimiento de las reglas aplicables a su actuación (*accountability*), y sancionen las regulaciones asegurando previsibilidad.

#### ***b) Fundamentos de la regulación económica.***

Sentada esta apurada caracterización de las regulaciones autoritativas, de carácter económico, en lo que aquí interesa, corresponde indagar en la cuestión de los fundamentos de la regulación económica.

Ello implica repasar las razones para regular.

Esas razones son, en lo principal, relativas a fallas del mercado<sup>34</sup>, es decir, fallas que tienen lugar en el natural contexto ya adelantado en la sección II.c), *supra*, si bien los autores distinguen, además, otras razones<sup>35</sup> e incluso efectúan una distinción entre fallas del mercado y fallas de la política o fallas políticas<sup>36</sup>, y fallas del gobierno<sup>37</sup>. Veamos, entonces, lo relativo al mercado, que mora por detrás de las razones para regular. Al así hacer, se abrazan las denominadas “teorías del interés público” en la regulación, y se dejan de lado las “teorías del interés privado” en la regulación por razones que, en lo sustancial, hacen a: (i) el mayor predicamento y difusión que las primeras poseerían en el mundo de los estudiosos del derecho<sup>38</sup>; (ii) la interrelación entre las primeras y el mercado, que les sirve de contexto<sup>39</sup>.

### *c) El mercado como punto de abordaje epistemológico.*

Ese contexto de mercado, empleado aquí, se fundamenta, como punto de abordaje epistemológico, en la adopción del *prius* ya indicado, es decir, el de la libertad constitucional e incluso pre-constitucional. El mercado aparece como consustancial con la idea de libertad, y ésta brinda a aquél un marco adecuado para existir. Ese mercado se vincula a la libertad pues se basa en la libertad individual<sup>40</sup>, si bien no se agota en ella.

El mercado hace creer que los bienes y servicios serán obtenidos al menor precio que el juego recíproco de la oferta y la demanda asegure. La consecuente competencia generada operaría así, como dice la Corte Suprema argentina, como “el regulador común”<sup>41</sup> o supletorio o regulador-regla.

<sup>34</sup> Ogus, *Regulation - Legal form and economic theory...*, *op. cit.*, p. 15: “According to the public interest theory, regulation is to be justified as a corrective to perceived deficiencies in the operation of the market”.

<sup>35</sup> Cfr. Armstrong, Mark - Cowan, Simon - Vickers, John, *Regulatory reform - Economic analysis and british experience*, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1999, pp. 11-20; Ogus, *Regulation - Legal form and economic theory...*, *op. cit.*, p. 15 y sigs.; Breyer, Stephen, “Typical justifications for regulation”, en Baldwin, Robert - Scott, Colin - Hood, Christopher (eds.), *Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 59-92; Pierce, Richard, Jr. - Gellhorn, Ernest, *Regulated Industries*, 3<sup>rd</sup> ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994, p. 19 y sigs.

<sup>36</sup> Rossi, Jim, *Regulatory bargaining and public law*, New York, Cambridge University Press, 2005, pp. 4/9.

<sup>37</sup> Munday, Stephen, *Markets and market failures*, Oxford, Heinemann, 2000, pp. 82/93.

<sup>38</sup> Ver Massimino, Leonardo F., “Un aporte desde la ley de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas)”, en *Derecho administrativo austral*, Buenos Aires, Universidad Austral, vol. I, pp. 193/335; en dicho profundo estudio se alcanzan conclusiones jurídicamente valiosas, a la luz de la aplicación de la teoría que reconoce la relevancia de los costes de transacción y, en general, la impronta de la regulación en la tarea de ponderarlos y reducirlos, en el específico campo estudiado en el citado trabajo de investigación.

<sup>39</sup> Para un completo estudio de los fundamentos y críticas a ambos conjuntos de teorías, ver Ogus, Anthony, *Regulation - Legal form and economic theory...*, *op. cit.*, caps. 1 a 4, esp. p. 75.

<sup>40</sup> Messner, Johannes, *Social ethics. Natural Law in the western world* (trad. de la 3<sup>a</sup> ed. de 1958 por J. J. Doherty), rev. ed., London, Herder, 1965, p. 755.

<sup>41</sup> Así, en “Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta”, *Fallos*: 136:161 (1922).

Pero, en rigor, el mercado –lugar de confluencia de oferta y demanda, lugar donde nace la competencia– no opera en forma perfecta como para asegurar aquel resultado. Rige la ley de que a menor oferta mayor precio y viceversa, pero también rige la ley de maximización de ganancias de la firma, y las economías de escala con sus costos decrecientes. En competencia perfecta, no ocurre ese soñado fenómeno de que los precios se influncien mutuamente, presionándose hacia arriba o hacia abajo; antes bien, cada firma no modifica los precios del mercado sino que reacciona ante los cambios en esos precios. Además, el consumidor es soberano, cada firma es obligada por el mercado a ser eficiente –sriesgo de sucumbir. Asimismo, ninguna firma tiene ganancias monopólicas pues convive y compite con las demás firmas en el mercado.

Empero, este perfecto mercado puede no funcionar así.

## V. Razones para regular. Fundamentos de la regulación económica.

El mercado descrito en su natural funcionamiento en la sección precedente puede fallar, o resultar, como enseña Breyer, “pretendidamente inhábil para enfrentar ciertos problemas estructurales en particular”<sup>42</sup>.

Dicho de otra manera, cuando *falla* el mercado, se puede tolerar esa falla, o se pueden aplicar leyes antitrust para reconstruir las condiciones de mercado, o se puede estatizar la firma privada monopolística, o se puede mantener a la firma privada en el mundo privado sujetándola, empero, a regulaciones oficiales (por ej., regulando sus precios). He aquí el abanico de alternativas, con sus diversas manifestaciones en la vida diaria<sup>43</sup>. Aquí solo interesa destacar la identificación de la insuficiencia o inhabilidad del mercado, y la detección de una herramienta –entre otras– para encarar esa inhabilidad: tal la herramienta denominada *regulación económica*.

Las enumeraciones de fallas del mercado que efectúan los diversos autores poseen sus particularidades<sup>44</sup>. Siguiendo a Breyer, puede decirse que justificaciones más comunes para regular, en forma individual o acumulativa, son: (i) controlar el poder monopólico; (ii) controlar las ganancias o la rentabilidad excesiva; (iii) neutralizar costos o beneficios excedentes (externalidades); (iv) información inadecuada; (v) competencia excesiva o destructiva; (vi) capacidad de negociación desigual; (vii) racionalización; (viii) riesgo moral o subjetivo; (ix) paternalismo; (x) escasez. Ello, sin dejar de señalar que los autores agregan (xi) los problemas relativos a los bienes públicos<sup>45</sup>, entre otros fundamentos.

<sup>42</sup> Breyer, Stephen, “Typical justifications for regulation”, en Baldwin, Robert - Scott, Colin - Hood, Christopher, *A reader on regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 59-92, esp. p. 59.

<sup>43</sup> Cfr. Mairal Héctor A., *El derecho administrativo y la decadencia argentina*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, Pablo Casamajor Ediciones, 2013, p. 29: “La figura de la concesión de servicios públicos concebida de acuerdo con nuestra doctrina mayoritaria no pudo sino constituir –y sigue constituyendo hoy día– un plano inclinado que desemboca necesariamente en la gestión estatal, ya sea al final del plazo contractual o aun antes, merced a la potestad estatal del rescate”.

<sup>44</sup> Así, Pierce-Gellhorn, *Regulated Industries...*, *op. cit.*, pp. 42-58. Cfr. Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D., *Economics*, 15<sup>th</sup> ed., New York, Mc Graw Hill, 1995, p. 272. Cfr. Breyer, “Typical justifications...”, *op. cit.*

<sup>45</sup> Feintuck, Mike, *The public interest' in regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 23; Ogus, Anthony - Veljanovski, Cento (eds.), *Readings in the economics of law and regulation*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 239 y sigs.

### *a) Control del poder monopólico.*

En el marco de la libertad del mercado, un monopolio puede aparecer por casualidad (una sola forma atiende todo un mercado, como sería el caso de un pediatra que preste servicios en un área rural donde no hay otros pediatras). También puede derivar de la ley (la ley brinda exclusividad por cierto lapso al descubridor de una droga farmacológica en la cual invirtió, en investigación, durante muchos años). Puede darse el caso de que haya barreras a la entrada de competidores (las reglamentaciones piden a los nuevos establecimientos ciertas inversiones mínimas iniciales para, artificialmente, convocar a inversores serios). Empero, también puede darse un supuesto que parece imposible de vencer: tal el de que la industria de que se trate no admita, en condiciones de eficiencia, más de un prestador, es decir, el monopolio natural. Y este es el que nos interesa más. Es que este último supuesto suele ser el justificativo más férreo para defender la necesidad de regulación económica. En ese ámbito el monopolista, si no es regulado, recortará su producción a fin de que se eleven los precios.

Económicamente, se define monopolio natural como aquel en el cual un solo proveedor produce todo el *output* de una industria toda: algunas industrias, se afirma, no pueden eficientemente mantener a más de una firma<sup>46</sup>. Se enseña, desde la perspectiva de los costos, que hay monopolio natural cuando una sola gran firma produce a menor costo que varias firmas de menores dimensiones<sup>47</sup>. A modo de ejemplo, las distribuidoras eléctricas o las compañías locales de teléfonos descubren que es progresivamente más económico –en cierta medida– proveer unidades extra de electricidad o de servicio telefónico. Y estas economías de escala poseen la suficiente entidad como para presionar hacia arriba en forma muy marcada el precio de cada unidad si más de una firma ofreciera el mismo servicio en el mismo lugar. Es por ello que parecería más eficiente tener, en lugar de varias redes interconectadas superpuestas para llevar electricidad o telefonía, una sola red monopólica. Esa red monopólica, a su vez, tendría precios muy regulados (tarifas), y un régimen de inversiones (asociadas a esas tarifas) también reguladas, y, en general, la atención oficial puesta en la rentabilidad.

Se advertirá, en el par de ejemplos dado, que no es más que la economía y la clase de red la que hace nacer el monopolio natural. Y salvo un adelanto tecnológico que altere ese sustrato fáctico –por ej., concretar comunicaciones mediante algo distinto de la red local de telefonía; emplear un generador eléctrico propio y desconectarme de la red–, ese sustrato subsiste a lo largo del tiempo.

Ya vimos que el monopolista restringirá su producción para que se eleve el precio, y es por eso que debe ser regulado: nace así el fundamento del aumento deseado en el output. Otros fundamentos para regular con base en que medie monopolio, especialmente natural, hacen a razones de transferencias indeseables de ingresos que se producen de los usuarios a los dueños de la firma; a la necesidad de neutralizar la explotación del

<sup>46</sup> Breyer, “Typical justifications...”, *op. cit.*, p. 59.

<sup>47</sup> Cooter, Robert D., *The strategic constitution*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2000, p. 77.

usuario en un medio en el cual la ausencia de competencia no permite acceder a las garantías contra la discriminación indebida; y a evitar la concentración de poder en la firma monopolista, con sus previsibles consecuencias políticas y sociales<sup>48</sup>.

### **b) Controlar las ganancias o la rentabilidad excesiva.**

Cuando un servicio es provisto por el Estado o una entidad estatal, no parece haber grandes preocupaciones respecto de si ellos obtienen ganancias o rentabilidad: parecería que el rol del Estado no es hacer buenos negocios sino llevar adelante el proyecto de un país a cualquier costo.

Ahora, una preocupación trascendental suele despertar a veces la ganancia o rentabilidad desmedida cuando del sector privado se trata, aun cuando, según la doctrina extranjera, sea difícil definir unívocamente los términos ganancia o rentabilidad<sup>49</sup>. En la literatura argentina se han generado encendidos alegatos en contra de la rentabilidad sin límites de la firma, en contra de las ganancias sin límite objetivo alguno<sup>50</sup> con las que ella pueda beneficiarse, instituto que de ninguna manera es desconocido en la producción doctrinaria económica<sup>51</sup>. Lo cierto es que toda empresa, que halle una forma más económica, más eficiente de producir su *output*, tendrá ganancias o rentabilidad. Tradicionalmente se ha concebido que esas ganancias deben beneficiar a los productores que, habilidades mediante (sea porque son muy talentosos o porque tienen suerte), producen esa rentabilidad.

Empero, el control de las ganancias o de la rentabilidad es un concepto que, *prima facie*, colisiona con la libertad constitucional y con los derechos de propiedad que la norma fundamental garantizan. ¿Cómo puede compatibilizarse la apropiación de las rentas legítimas derivadas de la explotación de un bien, entonces, con el fundamento de la regulación en la necesidad de controlar las ganancias de la firma?

Aquí deben diferenciarse las meras ganancias monopolísticas, de las ganancias *latu sensu*. Las primeras pueden y deben propiciar regulación, pero no porque medien ganancias sino porque las mismas derivan de una posición monopolística. Las segundas –rentabilidad a secas– no pueden ni deben ser reguladas, como regla, y tampoco pueden fundamentar regulación alguna.

Ello no obstante, algunos autores hablan de ganancias inmerecidas, injustas, causantes de efectos sociales adversos, y así justifican la regulación de la propiedad, sea para prevenir y reprimir los abusos<sup>52</sup>; proteger contra el monopolio<sup>53</sup>; desplazar la inestabilidad

<sup>48</sup> Breyer, “Typical justifications...”, *op. cit.*, p. 65.

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> Así, Gordillo, Agustín, “Las ganancias sin límite objetivo alguno”, en su *Cien notas de Agustín - Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, pp. 138/140, esp. p. 139.

<sup>51</sup> En efecto, Pierce lo ejemplifica así: si en época de plantación una helada azota a Florida, quienes cultivan naranjas en dicho estado sufrirán pérdidas excesivas, mientras que quienes las cultivan en California obtendrán ganancias excesivas; cfr. Pierce, Richard J. (Jr.), *Economic regulation*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1994, p. 48.

<sup>52</sup> Jolivet, Régis, *Curso de Filosofía* (Leandro de Sesma O. C.), Buenos Aires, Club de Lectores, 1985, p. 394.

<sup>53</sup> Ver los ejemplos que describe Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (Marta Guastavino, trad.), Barcelona, Ariel, 1984, pp. 376/377.

del tejido social<sup>54</sup>; agrandar a la firma o reducirla en –o fuera de– condiciones de eficiencia<sup>55</sup>; entre otros muchos supuestos. Estos extremos no parecerían resultar inaplicables a las rentas y su apropiación, si bien resultaría harto debatible su procedencia según la escuela que se adopte (paternalista, libertaria, etc.).

Cabe poner de resalto que en la historia de las privatizaciones británicas –que fueron modelo en muchas ocasiones para las respectivas privatizaciones argentinas–, ningún marco regulatorio y ningún regulador adoptó un enfoque por el cual la firma fuera compelida a compartir sus ganancias excesivas o inesperadas con los usuarios<sup>56</sup>.

En lo que hace a las firmas o industrias reguladas –en nuestro país, pensemos en los servicios públicos–, y a diferencia del Estado, la firma privada prestadora del servicio perseguirá una rentabilidad positiva<sup>57</sup>, el regulador nunca podría ir en contra de este objetivo<sup>58</sup>, y en función de cuánto tributa sobre sus rentas cumplirá un papel trascendente en el ejercicio de la función estatal de redistribución de los ingresos. Las revisiones tarifarias por ganancias excesivas –y las correlativas revisiones tarifarias por pérdidas excesivas– corren, en épocas de normalidad regulatoria, el riesgo de convertir una regulación por *price-capping* en una por *rate of return*<sup>59</sup>. Además, desalentar la rentabilidad equivale a impedir la búsqueda de eficiencia en la producción<sup>60</sup>.

En el caso de las privatizaciones argentinas, tan importante fue considerada la rentabilidad de la firma regulada, que diversas leyes del Congreso de aprobación de tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones previeron específicamente la rentabilidad del inversor extranjero y su disponibilidad<sup>61</sup>, y la Ley argentina de Emergencia Económica N° 25.561 –vigente desde enero de 2002– incluyó expresamente en su Artículo 9°, como criterio a considerar en las renegociaciones respectivas, la rentabilidad de las empresas, con lo que se descontaba que ninguna renegociación privaría de la rentabilidad pues no podía privar de un presupuesto fáctico-legal. Ello, con las salvedades ya expresadas respecto de la ausencia de univocidad en el término rentabilidad.

<sup>54</sup> Rousseau, Jean Jacques, *The social contract or principles of political right*, libro I, cap. IX, Derechos reales, *in fine*.

<sup>55</sup> Coase, Ronald H., “The nature of the firm” (1937), en Williamson, Oliver E. - Winter, Sidney G. (eds.), *The nature of the firm - Origins, evolution and development*, Oxford, Oxford University Press, 1993, pp. 18/33, esp. pp. 22/23.

<sup>56</sup> Graham, Cosmo, *Regulating public utilities - A constitutional approach*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 154. Críticos hacia compartir las ganancias excesivas con los usuarios: Green, Richard - Rodríguez Pardina, Martín, *Resetting price controls for privatized utilities - A manual for regulators*, Economic Development Institute Development Studies, The World Bank, Washington, D.C., 1999, esp. pp. 12/13.

<sup>57</sup> En igual sentido, Breyer, Stephen, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1982, p. 21. En los caps. V y VI se indaga en la cuestión de cómo el dato de la rentabilidad de la firma es tomado en cuenta por el regulador según los marcos regulatorios.

<sup>58</sup> Así, en nuestro *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, 2007, p. 138 y p. 309.

<sup>59</sup> Puede verse nuestro *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 322/332.

<sup>60</sup> Breyer, *Regulation...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>61</sup> Pueden verse, a título de ejemplo, en relación a Reino Unido, Ley N° 24.184, Art. 6° (1); en relación con Estados Unidos, Ley N° 24.124, Art. V (1); en relación con Francia, Ley N° 24.100, Art. 6.1.a., que aseguran la libre remisión de ganancias.

### **c) Neutralizar costos o beneficios excedentes (externalidades).**

Los economistas se refieren, mediante el término “externalidades”, a aquellos costos excedentes o beneficios excedentes que permiten ver que la diferencia entre los costos o beneficios sociales verdaderos (lo que realmente le costó a, o aquello en lo que realmente se benefició, la sociedad toda) y un precio libre, desregulado, de mercado.

Las externalidades aparecen cuando alguno de los efectos colaterales de la producción o el consumo no son incluidos en el precio de mercado. Ello puede suceder tanto respecto de un efecto positivo (por ej., un plan masivo de vacunación, que beneficia al vacunado y a sus pares, que no serán contagiados; mi vecino fumiga para eliminar malezas y el viento arrastra la fumigación hasta mi lote, donde también hay malezas que quiero eliminar) como respecto de un efecto negativo (por ej., polución por sulfuros lanzados al aire por una fábrica, y consecuentes daños a personas y cosas; intoxicación de mi felino en razón de la fumigación en el lote de mi vecino)<sup>62</sup>.

El fundamento de la regulación en las externalidades negativas—la finalidad de evitar la ineficiente asignación de recursos; evitar el derroche— se relaciona con que el derecho debe intervenir para que no se malgasten recursos. Pero algo también es cierto y es que la intervención estatal misma, la regulación, poseería sus costos y su efecto redistribuidor de la riqueza y el ingreso. Es por ello que se ha propuesto reducir la aplicabilidad de este fundamento de las externalidades a los específicos supuestos en que la externalidad es cuantiosa, concreta y cuantificable<sup>63</sup>.

### **d) Información inadecuada.**

Otra de las fallas enumeradas, como fundamento de la regulación, es la de la información inadecuada, imperfecta o asimétrica<sup>64</sup>. Muchas veces no hay incentivos a brindar información, o no se la ofrece por razones egoístas pues otros también se beneficiarían con su diseminación; o, por iguales razones, se termina brindando información inútil, voluminosa, veraz pero superflua, redundante.

Se afirma que un mercado guiado por la mano invisible presume que todos los consumidores, por ejemplo, saben exactamente qué consumen. Pero la realidad dista de esta situación, y es entonces cuando el Estado debe velar por que los consumidores tomen decisiones contando con la información previa adecuada. A modo de ejemplo, el consumidor debe saber cuánto consume por hora una heladera que opere eficientemente desde el punto de vista de la energía, para saber cuándo hay que cambiarla por

---

En Tawil, Guido S., su Prólogo a Ymaz Videla, Esteban, *Protección de inversiones extranjeras*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pp. XIII/XVI, esp. p. XIV, se puntualiza que “la suscripción de estos tratados ha producido un efecto beneficioso en la reducción del llamado ‘costo argentino’ y en algunos supuestos inclusive ha posibilitado la presencia del inversor”.

<sup>62</sup> Samuelson et al., *Economics*, *op. cit.*, p. 272.

<sup>63</sup> Breyer, “Typical justification...”, *op. cit.*, p. 72.

<sup>64</sup> Armstrong et al., *Regulatory...*, *op. cit.*, p. 12; Breyer, “Typical justification...”, *op. cit.*, p. 72 y sigs.



vetusta e ineficiente<sup>65</sup> o saber cuáles son los costos de una regulación en relación a sus beneficios<sup>66</sup>. En general, sin efectuar lógicas diferenciaciones, se lo presume incauto<sup>67</sup>.

Es por ello que, a veces, el consumidor obtendrá información, para decidir, mediante un intercambio normal privado; otras, la obtendrá en sede judicial; y, cuando se esperan beneficios masivos en la disponibilidad inmediata de información, la regulación dirá cuál información deberá, en forma mandatoria, hallarse disponible<sup>68</sup>. De este modo, el debate no sería informar o no sino la cuestión de si la regulación hará descender, o no, el costo de proveer la información.

#### *e) Competencia excesiva o destructiva.*

Se afirma que la competencia puede asegurar bienes y servicios a más bajos costos y precios, más calidad, más opciones, más innovación, mayores eficiencia y productividad, desarrollo y crecimiento económicos, más igualdad de riqueza, una democracia más fuerte por medio de la dispersión del poderío económico, mayor bienestar mediante la promoción de la iniciativa individual, la libertad y la libre asociación<sup>69</sup>. Pero parecería que no siempre la competencia es tan buena.

<sup>65</sup> Samuelson et al., *Economics, op. cit.*, p. 280. El modelo de simulación, en Argentina, puede hallarse en la página web de las distribuidoras eléctricas; por ej., en [www.edenor.com.ar](http://www.edenor.com.ar); tal simulador permite desplazarse por los ambientes, identificando electrodomésticos y conociendo el respectivo consumo, así como el monto que se facturará, aproximadamente.

<sup>66</sup> Ver Cuadros, Oscar A., *Bases constitucionales de la regulación pública*, San Juan, Universidad Católica de Cuyo, Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo, 1999, p. 93.

Recordemos que este análisis es moneda corriente en los Estados Unidos; en efecto, en 1981, a propuesta del entonces presidente Ronald Reagan, se estableció que las propuestas de reglamentos se enviarían a la Oficina de Información y de Regulaciones de la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Information and Regulatory Affairs in the Office of Management and Budget*) a fin de que el OMB (funcionario a cargo de Administración y Presupuesto) pudiera bloquear aquellas regulaciones que, a su juicio, demandaran costos que excedieran los beneficios. Puede ampliarse en nuestro “Las sesiones públicas (*open meetings*) del derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa”, *ReDA*, Buenos Aires, Depalma, 1998, N° 27/29, p. 389 y sigs., esp. p. 395; también se puede ampliar en “Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio)”, en Scheibler, Guillermo (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005, t. IV, pp. 111/140. Por lo demás, la consideración de los costos y beneficios viene también impuesta por la normativa positiva argentina: ver Decreto N° 333/1985, Art. 4.3.3., incs. c), d) y e).

<sup>67</sup> Ampliar en Gilardi Madariaga de Negre, Cecilia, “La publicidad engañosa: nuevo fallo en defensa del consumidor indeterminado”, en *ReDA*, Buenos Aires, Depalma, 2002, vol. 14, pp. 431/436.

<sup>68</sup> Tal el supuesto de la *Securities and Exchange Commission*, de los Estados Unidos.

A veces las consecuencias, transnacionales, de poner a disposición la información son llamativas; ver <http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1365171514780#.UemYeBYQ5EQ>: “Washington, D.C., April 22, 2013. The Securities and Exchange Commission today announced a non-prosecution agreement (NPA) with Ralph Lauren Corporation in which the company will disgorge more than \$700,000 in illicit profits and interest obtained in connection with bribes paid by a subsidiary to government officials in Argentina from 2005 to 2009. The misconduct was uncovered in an internal review undertaken by the company and promptly reported to the SEC”.

<sup>69</sup> World Bank, *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets*, Washington D.C., 2002, p. 133; Kolasky, William, *Deputy Assistant Attorney General*, US Department of Justice, Antitrust Division,

En general se regulan el transporte aeronáutico, el transporte en camiones, el transporte en buques y suele utilizarse, a tal fin, el argumento de que, si no se los regulara, la competencia devendría salvaje, excesiva, destructiva. Si se permitiera la competencia desmedida, se arguye, los precios de tal o cual firma bajarían hasta dar pérdidas y no ganancias, forzándose así a otras firmas a abandonar el mercado, con lo que los clientes de estas últimas tendrían que optar por un servicio distinto, más costoso, o un prestador que, apenas captada la nueva clientela, elevaría sus precios en forma notable.

Se ha definido al concepto analizado como “competencia despiadada” (*cut-throat competition*), o competencia destructiva o ruinosa (*destructive or ruinous competition*), expresión que se refiere a situaciones en las que la misma redonda en precios que, en forma habitual o por largos períodos de tiempo, no cubren los costos de producción, en especial, los costos fijos involucrados, y ello aparece vinculado a industrias declinantes o enfermas con elevados niveles de capacidad excedente o con demandas que, en forma cíclica (estacionalidad) o casual (una moda pasajera), cambian dramáticamente, elevándose o descendiendo en forma notable<sup>70</sup>. Todo ello propiciaría, se arguye, la regulación del precio. Como puede verse, la definición prescinde del efecto de forzar a otras firmas a abandonar el escenario de mercado, así como prescinde de otros efectos posteriores sobre los clientes.

En vistas de lo dicho, para determinar si se regulará por mediar competencia excesiva, debería necesariamente descartarse, antes, la existencia de monopolio natural, que parecería ser el estadio previo a la competencia excesiva: varias empresas prestan el mismo servicio en el mismo lugar, algunas comienzan a bajar sus precios hasta por debajo de los costos, hasta que todas se van del mercado excepto una. Mas ello no sería un fundamento para regular por la causal aquí repasada, sino por mediar monopolio natural. También debe descartarse la naturaleza cíclica de cierta clase de demandas (por ej., se requiere mayor cantidad de electricidad en el día, y mucha menos en horas de la madrugada). Por último, debería descartarse estarse ante una formación de “precios predatorios” (*predatory pricing*), situación combatida por las leyes *antitrust*<sup>71</sup> y que redonda en aquello que la definición antes volcada soslaya, es decir, el vender por debajo del costo para desplazar del mercado a la competencia y luego, una vez asegurada la demanda, elevar los precios.

---

“The Role of Competition in Promoting Dynamic Markets and Economic Growth”, Nov. 12, 2002, 2002 WL 34170825 (D.O.J.) (“La competencia por capitales y otros recursos por parte de las firmas a lo largo de la economía lleva a que el dinero y los recursos abandonen a los sectores y firmas débiles, no-competitivas, y se dirijan hacia los sectores más fuertes y competitivos y hacia las firmas más fuertes y competitivas dentro de esos sectores. De tal modo, la propia operatividad del proceso competitivo torna claras a las decisiones sobre reestructuración, y conduce a la economía más fuerte y más competitiva que sea posible”).

<sup>70</sup> Khemani, Shyam - Shapiro, Daniel (compls.), *Glossary of industrial organization economics and competition law*, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD, Washington D.C., 1993.

<sup>71</sup> Puede verse Ley N° 25.156 (del año 1999), Art. 2°: “Las siguientes conductas, entre otras, en la medida en que configuren las hipótesis del Artículo 1°, constituyen prácticas restrictivas de la competencia: [...] m) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios”.

**f) Otras justificaciones.**

Otras justificaciones –igualmente relevantes– que se habrían esgrimido para justificar la regulación o intervención estatal son (i) la desigual capacidad de negociación; (ii) la racionalización; (iii) el riesgo moral o subjetivo; (iv) el paternalismo; (v) la escasez, los bienes públicos.

La *desigual capacidad de negociación*, por cierto, suele vincularse directamente con otra falla que lo precede y que se relaciona con el fundamento ya visto, relativo a la información inadecuada o insuficiente (acápites d), *supra*). Información insuficiente generará desigualdad para negociar, e incluso explotación de una parte hacia la otra. Ello, por cierto, en la medida en que la información que se deniegue sea de la ubicada en algún mandato legal de develación.

La *racionalización* puede ejemplificarse, en Argentina, con las medidas intervencionistas derivadas de la crisis energética<sup>72</sup>: se insta al público a no consumir tal o cual bien o servicio. Tal clase de medidas, *ex post*, aplicadas sin importar el contrato regulatorio originario y el equilibrio en él plasmado, no suelen tener éxito y mucho menos en tanto aplicadas en países de gran extensión.

El *riesgo moral* (*moral hazard*) es definido como aquel costo que nunca se incluirá en el precio: cuando alguien asume un riesgo porque el costo involucrado en éste no será sufragado por quien asume el riesgo, el riesgo es moral. En otras palabras, alguien que no es el comprador paga –total o parcialmente– lo que éste adquirió<sup>73</sup>. Un típico ejemplo es la prestación de una empresa de servicios médicos, a la cual tal vez le pago 1000 por mes, y, repentinamente, me brinda, por estar convenido desde antes, un tratamiento cuyo valor es 100.000, monto que se costea con las cuotas que sufragan los demás asociados de esa empresa de medicina prepaga y que tal vez no esté sujeto a períodos de carencia en la normativa vigente. En los supuestos de medicina prepaga, si bien la intervención o regulación podría verse justificada para eficientizar el sistema y para asignar de forma más económica los costos (limitando la oferta), la intervención o regulación suele utilizarse para, en razón del *moral hazard*, sumar prestaciones obligatorias a la base de servicios médicos a proveer (ampliando la oferta).

Por último, el *paternalismo* presume que los consumidores no saben decidir tan bien como el Estado regulador, y es por eso que se prefiere la decisión oficial antes que la del particular. Este fundamento, por cierto, se superpone con el de información inadecuada pues, en realidad, el gobierno desplaza la decisión individual dado que presupone que ésta es una decisión no informada o no suficientemente informada. La consecuencia directa es que se limita la libertad.

<sup>72</sup> Puede ampliarse en nuestro “Un costoso régimen para garantizar el suministro de energía (en torno a la Res. SE N° 1.281/2006)”, en *ReDA* 75, enero-marzo 2011, pp. 201/216.

<sup>73</sup> Breyer, “Typical justifications...”, *op. cit.*, p. 79.

En efecto, cuando la decisión oficial es la que dice qué debo escuchar a las cero horas<sup>74</sup>, cuánto efectivo llevaré conmigo al viajar al exterior<sup>75</sup>; la que me obliga a comprar solo lámparas de bajo consumo<sup>76</sup>; la que fija el color de las tuberías de gas<sup>77</sup>; la que determina la cantidad de dinero circulante en el país<sup>78</sup>; la que prescribe la obligatoriedad de ver los films doblados únicamente al “castellano neutro” según su uso corriente en Argentina<sup>79</sup>, esto es, doblados a un oxímoron o contrasentido (la expresión “castellano neutro” lo es); o la que declara lo desaconsejable que es tomar bebidas directamente de la lata<sup>80</sup>, hay paternalismo. La diferencia entre paternalismo como fundamento para regular y paternalismo como neutralización o aniquilamiento de la decisión privada o autónoma es una de grado y de razonabilidad, y la razonabilidad comprende, como enseña Cianciardo, tres subprincipios, a saber: juicio de adecuación o idoneidad<sup>81</sup>, juicio de necesidad o indispensabilidad<sup>82</sup> y juicio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>83</sup>. En palabras del citado jurista, “toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de ser: a) idónea; b) indispensable; y, finalmente, c) proporcionada”<sup>84</sup>, y todo ello no es incompatible con la evaluación de una regulación.

Finalmente, la *escasez* fundamenta la regulación pero de forma irracional pues la escasez, en un mercado, lo que empuja el precio hacia arriba cuando aumenta la demanda, con lo que permitir que se opere ese aumento y esperar será el mejor remedio. La solución, entonces, está en el mercado. Ahora, cuando se trate de bienes o servicios con respecto a los cuales no se admita más de un proveedor o prestador en condiciones de eficiencia (monopolio natural), el fundamento para regular no será la escasez sino esa específica clase de monopolio.

En lo que hace a los *bienes públicos* –es decir, aquellos que se disfrutan en conjunto o subconjunto, y nadie podría salirse de sus beneficios (típicamente, la seguridad o el orden legal)–, pueden generar una instancia de falla del mercado; ello pues el mercado no puede ser el parámetro para fijar su oferta<sup>85</sup>.

<sup>74</sup> Ver Ley N° 25.636, que dispone que todas las radiodifusoras y cadenas de televisión nacionales deben comenzar sus emisiones con la transmisión del himno nacional argentino.

<sup>75</sup> Resolución General AFIP N° 3.421/2012.

<sup>76</sup> Ley N° 26473, que prohíbe, a partir del 31 de diciembre de 2010, la importación y comercialización de lámparas incandescentes de uso residencial general en todo el territorio de la República Argentina.

<sup>77</sup> Ver normas NAG en [www.enargas.gov.ar](http://www.enargas.gov.ar).

<sup>78</sup> Ley N° 24.144, Art. 3°.

<sup>79</sup> Decreto N° 933/2013, reglamentario de la Ley N° 23.316.

<sup>80</sup> *Código Alimentario Argentino*, Art. 235 tris, en [www.anmat.gov.ar](http://www.anmat.gov.ar).

<sup>81</sup> Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed., act. y ampl., Buenos Aires, Ábaco, 2009, p. 64 y sigs.; también en su *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde las tesis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, p. 59 y sigs.

<sup>82</sup> Cianciardo, *El principio...*, *op. cit.*, p. 82 y sigs.

<sup>83</sup> *Ídem*, p. 107 y sigs.

<sup>84</sup> *Ídem*, p. 27.

<sup>85</sup> Ogas, *Regulation: Legal form and economic theory...*, *op. cit.*, pp. 33/35 y su remisión a pp. 21/22.

Se trata, en rigor, de bienes que se caracterizan porque (i) el consumo por uno no deja a los demás sin oferta, y por ser (ii) imposible o demasiado costoso excluir, de sus beneficios, a los que no pagan por éstos. Ello redundaría en que el mercado es inhábil para determinar la oferta de los mismos y para medir la demanda, y redundaría, en general, en la imposibilidad de que haya incentivos a la oferta, o incentivos al uso racional neutralizante de los *free-riders*<sup>86</sup>.

## VI. Para concluir.

Abordando al derecho como coordinador o regulador a juego con la tesis de Finnis, se advierte que los argumentos o justificaciones recién reseñados en torno a la regulación –económica, en la especie–, considerados en forma individual o conjunta, pueden ser encarados desde cuatro perspectivas analíticas diversas. Esas cuatro perspectivas, de otra parte, se insertan en la comprensión que se esgrima respecto del rol del Estado frente a la actividad privada objeto de regulación económica. Desde una perspectiva “libertaria”, liberal en extremo, la preferencia por los mercados –incluso con todas sus fallas o imperfecciones– conducirá a la conclusión de que la regulación no tiene sentido o, en todo caso, es inútil pues no brinda soluciones generales sino dudosas. Desde la perspectiva “normativista”, la regulación será el resultado del esfuerzo político ordenado por superar las fallas del mercado, con lo que la regulación dejará de ser un ordenador para la coordinación sino un mero solucionador de problemas atado a la coacción que algunos ven, irremediablemente, en toda verdadera norma. Para los más entusiastas “anti-capitalistas”, la regulación será uno más de los sistemas para golpear al mercado –creación capitalista– allí donde más se destacan sus fallas o imperfecciones, y también para aniquilar los gobiernos capitalistas –que dependen de los capitales, privados– combatiendo a éstos. Finalmente, para los “pragmáticos”, que hallan base de sustentación en los aparatos administrativo-burocráticos, tanto el mercado como el Estado serán las mejores opciones: en lugar de adentrarse en las cuestiones iusfilosóficas –especialmente ontológicas– y normativas ínsitas en la regulación, los partidarios de esta postura se concentrarán en el estudio empírico, cotidiano de la regulación como sistema añejo al gobierno.

Cada una de estas posturas podrá tener su menor o mayor cuota de razón. Pero en el caso de la experiencia Argentina, que es la que más conozco, es claro que la práctica constitucional, con sus más de ciento cincuenta años, conduce a estimar que es la primera de las opciones expuestas –con los matices propios de la ética social– la que orienta la interpretación, y la que iluminará el devenir regulatorio, que es, después de todo, uno más de los medios que permite vivir ordenadamente, en sociedad.

<sup>86</sup> Ampliar, con provecho, en Ogus, *Regulation: Legal form and economic theory...*, *op. cit.*, pp. 33/34.