

“LA CONVICCIÓN DE QUE LA EMPRESA PÚBLICA NO ES LA SOLUCIÓN SE IRÁ EXTENDIENDO”*

Entrevista a Gaspar Ariño Ortiz** y Juan Miguel de la Cuétara Martínez***

El Derecho Regulatorio enfrenta nuevos retos en función a los cambios socio-políticos que se viven en todo el mundo, desde la integración europea, hasta el fraccionamiento social de los países en América Latina.

En el marco de los cambios vividos a nivel mundial, los autores comentan distintas materias relacionadas con el Derecho Regulatorio, tales como la “pretendida” flexibilización del principio de subsidiariedad en la actuación estatal, la técnica de la privatización, las condiciones para favorecer y dar seguridad a las empresas para la realización de sus actividades, entre otros, temas todos estos de gran actualidad y relevancia jurídica.

* La entrevista fue realizada sobre la base de preguntas preparadas por la comisión de Contenido de THEMIS, Alejandro Manayalle, ex director de la comisión de Contenido de THEMIS, José Goyburu, ex director de la comisión de Marketing de THEMIS y Willy Pedreschi, asociado del Estudio Benites, Forno & Ugaz. Agradecemos a los doctores Eloy Espinosa-Saldaña y Diego Zegarra, sin cuya colaboración hubiera sido imposible realizar la presente entrevista.

** Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Presidente de la Fundación de Estudios de Regulación. Ex Diputado del Congreso en la IV Legislatura y de la Comisión de Privatizaciones de España. Premio Luca de Tena y Premio de la Energía del Club Español de la Energía. Socio Principal del Estudio Ariño y Asociados.

*** Catedrático de Derecho Administrativo. Director de la Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructura en Red. Ex director del instituto de Desarrollo Regional de Canarias. Socio del Estudio Ariño y Asociados.

1. En términos generales, ¿cuándo es necesaria la regulación de infraestructura y servicios públicos?

La regulación es necesaria allí donde la falta de competencia impide el libre ajuste de la oferta y la demanda de bienes o servicios, y siempre que no se trate de “bienes públicos”, en el sentido económico del término. El libre uso de una playa para bañarse, por ejemplo, no hay que regularlo, pero los espacios para instalar hamacas o bares de playa sí, puesto que no hay sitio para todos los que desearían hacerlo. Del mismo modo, un servicio como el de abastecimiento domiciliario de agua o electricidad requiere regulación, al suministrarse de una única red, mientras que una librería no la requiere, puesto que se suministra de muchas editoriales y la oferta y demanda de libros funciona eficientemente.

2. Los sistemas regulatorios en muchas ocasiones no sólo formulan soluciones simulando la actuación del mercado sino que, además, están dirigidos a lograr determinadas políticas público-sociales. En este contexto, la regulación puede ser utilizada para defender intereses privados y fomentar la inversión, proteger intereses públicos y generar acceso universal o procurar el desarrollo de intereses mixtos. Para usted, ¿cuál de estos sistemas debe aplicarse en países en vía de desarrollo?

No existe un antagonismo esencial, inevitable, entre los intereses privados, públicos o mixtos. En un sector concreto, la inversión en infraestructuras, por ejemplo, puede fomentarse en defensa de los usuarios del futuro, lo cual es un interés público, aunque aparentemente ello beneficie el interés –privado– de los inversores de hoy. Lo importante de la regulación sectorial es que equilibre el sector y permita su desarrollo sostenible. Esto significa extender la base de usuarios y prestar servicio a todas las capas de la población; las políticas sociales, en cuanto colaboran a ello, deben ser bienvenidas. Si, en cambio y como muchas veces pasa, degradan la base económico-industrial de los servicios, desequilibrando el sector en favor de determinados colectivos, estas políticas deben reconocerse como lo que son: una interferencia en el correcto desenvolvimiento del sector, producida desde fuera, que sólo es admisible con una compensación económica destinada a reequilibrar sus parámetros básicos y, esencialmente, la cobertura de los costes de la prestación de los servicios. Esto es igualmente válido para los países en desarrollo y los desarrollados, e incluso diría-

mos que la descapitalización de los servicios esenciales (agua, energía, transportes, comunicaciones) derivada de políticas sociales mal aplicadas perjudica más a los países en desarrollo, que los necesitan más, que a los ya desarrollados, los cuales pueden permitirse reducir durante un tiempo su ritmo de inversiones en ellos.

3. ¿Cuáles son las principales herramientas que debe incorporar la regulación de actividades económicas y servicios públicos para promover la competencia y el ingreso de nuevos operadores al mercado?

A nuestro juicio, son todas aquellas que den certeza y previsibilidad a los agentes económicos que actúan en el sector, incluyendo en este concepto a los usuarios. La regulación debe procurar disminuir los costes de transacción que ella misma genera, los que inversores y operadores consideran parte del “riesgo regulatorio” que han de afrontar. La disminución de este riesgo es el mejor estímulo que cabe generar para la entrada de nuevos operadores y para la ampliación del número de usuarios, todo lo cual incrementa rápidamente la competencia. La estabilidad de la regulación, la seguridad de los títulos habilitantes y la adecuada motivación de las decisiones del regulador son algunas de estas herramientas.

4. ¿Cómo se puede conciliar el interés público en la actividad económica con la finalidad lucrativa de las empresas privadas? ¿Es justificable la tendencia de la responsabilidad social de la empresa o, más bien, ésta podría ahuyentar a las posibles inversiones?

El afán de lucro no tiene nada de malo; es, simplemente, un estímulo muy poderoso para la acción individual y colectiva, cuya degeneración en codicia o avaricia es lo realmente pernicioso para las sociedades en que se instala. Dicho de otro modo: en tanto el afán de lucro no conduzca al uso de medios delictivos o fraudulentos, debe verse como algo socialmente positivo, puesto que conduce a la acción y facilita la movilidad social. Su alternativa, la sociedad de clases inamovibles, en las que el paria o el aristócrata serán toda su vida aquello para lo que están predestinados, es inaceptable. La responsabilidad social de las empresas y sus parientes modernos, la responsabilidad ambiental o cultural, son una buena vacuna contra un exceso de ambición en sus directivos y, en este sentido, resultan muy positivas y no ahuyentan la inversión, sino que la hacen estable y duradera. Únicamente las empresas

especulativas o con claro afán de expolio pueden rechazarlas, pero éstas no son las empresas deseables para una economía sana.

5. **En países como Inglaterra y Estados Unidos, desde hace algún tiempo, se ha privatizado la administración de los centros penitenciarios. En la realidad latinoamericana encontramos un alto déficit en la prestación de este servicio. Por poner un ejemplo: el Penal de Lurigancho, una de las cárceles más antiguas del Perú, cuenta actualmente con más de 8,500 internos cuando fue concebida para albergar sólo 1,500. En estas circunstancias, ¿cuáles son los beneficios de la privatización? ¿Considera usted que la privatización de los centros penitenciarios es la mejor decisión para realidades como la nuestra?**

En los centros penitenciarios la privatización soluciona problemas tales como la financiación y construcción del edificio, el mantenimiento y limpieza de las instalaciones o la alimentación de los internos. Pero no los soluciona todos, ni pueden privatizarse potestades públicas irrenunciables, como son todas las vinculadas al uso de la fuerza para el control de la conducta de los presos. El derecho privado es el reino de la autonomía de la voluntad y de las relaciones entre iguales: carece de utilidad allí donde la voluntad está limitada o predeterminada (en las cárceles lo está, tanto para internos como para guardianes) y las relaciones son entre desiguales. La externalización de determinados servicios a empresas hosteleras, por ejemplo, puede traer capital y capacidad de gestión a los establecimientos penitenciarios, pero no los convierte en hoteles; esto debe quedar muy claro. En Latinoamérica, las cárceles mejorarán cuando mejore la justicia en general, cuando se la valore como se debe y se le den los medios necesarios a su función, no necesariamente con su privatización.

6. **¿Cuál es la diferencia esencial entre el modelo europeo de servicios públicos y el modelo norteamericano de *public utility regulation*?**

En lo esencial, los europeos contemplamos los servicios públicos como parte de nuestro "Estado del Bienestar", mientras que los norteamericanos regulan sus *public utilities* como parte de su sistema productivo. Hay otras diferencias, pero este cambio de perspectiva es lo más notable. En Europa, por ejemplo, el Derecho de la Competencia se aplica a los servicios públicos "en la

medida en que sea compatible con la misión de interés general" que sus gestores tienen encomendada por el Gobierno; en los Estados Unidos, lo importante no es tanto la "misión" gubernamentalmente establecida, cuanto el servicio que una "*public utility*" presta a otras actividades productivas y, por supuesto, a todos sus usuarios. Aunque el resultado sea parecido, es decir, aunque en ambos casos se excepcione o pueda excepcionarse el Derecho de la Competencia, que se sustituye por regulación, el acento es bien distinto.

7. **En nuestro país ha venido discutiéndose la posibilidad de la aplicación por la Administración Pública del control difuso. ¿Cuál es su opinión al respecto?**

Esta pregunta resulta complicada de responder. El problema del control difuso o concentrado de la constitucionalidad de las normas es un tema procesal, que afecta al modo en que los tribunales ordinarios se relacionan entre sí y con el Tribunal Constitucional. Es, en consecuencia, una cuestión propia del Poder Judicial, no del Ejecutivo, al que pertenece la Administración, por lo que, en principio, no debería afectarle. Ahora bien, un funcionario que estime inconstitucional una norma que está llamado a aplicar podría optar por inaplicarla, ante el deber de orden superior de respetar y aplicar la Constitución. En este caso, necesitaría el refrendo de sus superiores jerárquicos (puesto que de lo contrario serían estos quienes aplicarían la norma inicialmente bloqueada por este funcionario), cuya decisión sería recurrible ante los tribunales. Si se quiere llamar a esto "control difuso" puede hacerse, pero admitir con generalidad la inaplicación de las leyes por los funcionarios a causa de su pretendida inconstitucionalidad es un camino muy peligroso. En España se ha planteado la cuestión con la negativa de Alcaldes, e incluso Jueces, a celebrar bodas de homosexuales una vez admitidas por la ley. En cuanto esta negativa vulnera el "imperio de la ley", la cual no puede reputarse inconstitucional hasta que el Tribunal Constitucional así lo declare (tenemos control "concentrado"), tales rechazos no han sido admitidos, lo que es plenamente coherente con la división de poderes y el Estado de Derecho. Otra cosa sería que un funcionario concreto, acogido a la cláusula de conciencia, pida su sustitución o se autorecuse en un determinado asunto: aquí no hay negación de derechos ni calificación de inconstitucionalidad, por lo que, siempre que sea posible, deben atenderse estas posiciones. Pero esto, evidentemente, ya no es control difuso ni nada parecido.

8. En Sudamérica actualmente se vive una corriente que propugna una mayor participación del Estado en las actividades económicas, reduciendo el estándar de subsidiaridad para dicha intervención. ¿Considera usted que dicha intervención estatal puede encontrar algún tipo de justificación?

Para esta pregunta debemos partir de una premisa fundamental: bajo cualquiera de nuestras Constituciones pueden llegar al poder partidos más "colectivistas" y partidos más "privatistas". Por supuesto ni los unos pueden anular la propiedad privada constitucionalmente garantizada, ni los otros pueden anular la capacidad de acción económica de los poderes públicos. Por tanto, la cuestión de más o menos intervención pública –con respeto a la propiedad privada– es una cuestión de política ordinaria, no de estándares constitucionales. Dicho esto, debemos decir que la vuelta a las empresas públicas, minimizando o vulnerando el principio de subsidiariedad, puede tener alguna justificación ideológica, pero no apoyarse en la técnica económica o en la experiencia histórica, que la invalidan como solución generalizable en un país o en un sector económico. Para decirlo claramente: si la población quiere tener más empresas públicas y así lo decide con las reglas de juego democráticas, puede tenerlas; al fin y al cabo, la auténtica libertad es la libertad de equivocarse, y el principio de subsidiariedad (que no es otra cosa que la tradicional libertad de comercio e industria bajo otra formulación) sólo dice que la iniciativa privada debe tener espacio suficiente para desarrollarse, sin que, como tal principio, alcance a impedir la creación de "esta" o "aquella" empresa pública que los gobernantes crean necesaria para el bien común, al menos en tanto no lleve a la expulsión de las privadas del sector de que se trate.

9. En su opinión, ¿existen actividades o empresas que deben mantenerse bajo el control estatal por su alegado carácter "estratégico"? Por ejemplo, en el Perú, éste ha sido el argumento para evitar la privatización del agua, así como de la empresa nacional de petróleo; lo mismo que en Chile, en lo referente a las empresas de extracción minera.

Repetimos que ésta es una cuestión de política ordinaria, una decisión colectiva que cada país debe adoptar. Lo que ocurre es que ningún país está aislado, ni puede vivir completamente aparte de la comunidad internacional. En Europa

estamos controlando las apelaciones al "carácter estratégico" de las empresas a partir de los compromisos asumidos con el ingreso en la Unión. La libre iniciativa y la competencia son la base del Mercado Común, con el que estamos razonablemente satisfechos, aunque el derecho europeo –debemos advertir– no excluye *per se* a las empresas públicas. En algunos casos aún queda bastante por hacer, como se comprueba en nuestro actual debate sobre los "campeones nacionales" y la garantía del suministro en el sector eléctrico; no obstante, vamos avanzando. Latinoamérica también lo hace, con los tratados de libre comercio o los compromisos asumidos ante la Organización Mundial de Comercio (Mercosur y la Comunidad Andina son, a estos efectos, más propósito que realidad). Allí donde se acepte la liberalización y las inversiones extranjeras, debe seguir la privatización, y esto es lo que se está haciendo cada vez en más países y en más sectores. Probablemente Latinoamérica, sobre todo en los sectores energético y minero, pase por una fase de empresas mixtas o fórmulas de participación público-privada para mantener la presencia pública en estos sectores. Pero, al final, la convicción de que la empresa pública no es la solución se irá extendiendo.

10. Varios autores argentinos, sobre la base de la crisis vivida en ese país, han afirmado que existe un Derecho Regulatorio de crisis, es decir, que en momentos de crisis económica, el Estado tiene la facultad de modificar el marco regulatorio para intentar reducir el impacto de la crisis sobre los ciudadanos. ¿Cuál es su opinión respecto de este punto?

Si la crisis es efectivamente profunda, determinante de un trastorno drástico del entorno comercial e industrial, sobrevenido, imprevisible e irresistible, ciertamente es posible la aplicación del viejo brocardo "*salus populi suprema lex*" (la salvación del pueblo es la ley suprema). Esto, más que un "Derecho Regulatorio de Crisis", supondría la suspensión de la legalidad ordinaria (que es lo que se hace en todo Estado de Excepción), que se recuperaría pasada la crisis. En ese momento habría que evaluar las cargas que unos y otros hubieron de soportar durante la crisis. Las que se distribuyeron por igual entre toda la población (el empobrecimiento generalizado derivado de una devaluación, por ejemplo) no serían indemnizables, mientras que sí lo serían las que gravaran diferencialmente a una persona o grupo de personas, en condiciones que éstas no estuvieran obligadas a soportar; por ejemplo,

las congelaciones tarifarias de las empresas concesionarias de servicio público, con expropiación temporal de sus derechos contractuales. Una cosa es que el servicio deba funcionar incluso en tiempo de crisis, y otra es que deba hacerlo exclusivamente a costa de la empresa concesionaria, como quieren hacer creer los partidarios de ese "Derecho Regulatorio" en el que se llama "renegociación" al recorte definitivo de derechos contractuales. En tiempo de crisis los contratos

pueden suspenderse; pero, superada la crisis, los contratos deben reequilibrarse o liquidarse con justicia. A esto y no a otra cosa obliga la cláusula implícita "*rebus sic stantibus*", como bien saben los estudiantes de Derecho, a quienes, tras esta última respuesta, dirigimos un saludo muy afectuoso y animamos a perseverar en su empeño de conseguir una buena formación jurídica por todos los medios a su alcance.

Gaspar Ariño Ortiz
Juan Miguel de la Cuétara Martínez